

LA REPRÉSENTATION INDIRECTE EN DROIT SUISSE

THÈSE

**PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ DE GENÈVE
POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR EN DROIT**

PAR

Jacques DROIN
de GENÈVE

Thèse N° 515

**GENÈVE
IMPRIMERIE ROULET & CIE
1956**

LA REPRÉSENTATION INDIRECTE EN DROIT SUISSE

THÈSE

PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ DE GENÈVE
POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR EN DROIT

PAR

Jacques DROIN

de GENÈVE

Thèse N° 515



GENÈVE
IMPRIMERIE ROULET & CIE

1956

*La Faculté de Droit autorise l'impression de la présente
dissertation sans émettre par là aucune opinion sur les propo-
sitions qui s'y trouvent énoncées.*

Genève, le 24 avril 1956.

*Le Doyen :
Walter YUNG*

Thèse N° 515

*A mon grand-père, M^e César DROIN,
avocat honoraire au Barreau de Genève,
ancien bâtonnier.*

*A mes parents,
en hommage d'affection et de reconnaissance.*

Nous tenons à exprimer notre profonde gratitude à Monsieur le Professeur YUNG, qui a bien voulu accepter de diriger cette thèse ; nous lui savons gré des précieux conseils qu'il nous a donnés et sommes heureux de pouvoir lui dire ici nos remerciements.

C'est également un plaisir pour nous de remercier Mademoiselle Marie MARTIN, bibliothécaire de la Faculté de Droit de l'Université de Genève, d'avoir grandement facilité nos recherches d'ouvrages et d'avoir consenti à mettre au point notre bibliographie.

Introduction

La représentation indirecte a toujours été tenue en piètre estime par la doctrine ; alors que les auteurs consacraient de nombreux ouvrages à la représentation directe, ils négligeaient la première, estimant qu'elle n'offre pas de problème particulier à résoudre ou qu'elle ne constitue pas une institution juridique spéciale. Les rares études relatives à la représentation indirecte sont d'ailleurs, elles aussi, loin d'établir à son sujet une théorie unique : si certains auteurs défendent l'autonomie de cette institution, les autres, au contraire, nient son existence en l'assimilant à la représentation directe¹.

Cette absence d'unanimité sur la nature de la représentation indirecte apparaît d'une manière très nette chez les auteurs lorsque l'on examine les diverses appellations qu'ils ont données à cette institution. C'est ainsi que l'on rencontre dans la doctrine les termes de représentation cachée, de représentation indirecte ou tacite, de représentation deuxième manière, de représentation incomplète ; au représentant indirect lui-même ont été donnés les noms de remplaçant, de personne interposée, de représentant d'intérêts, de représentant tacite ou secret².

Il est certain que par le terme de « représentation » l'on entend généralement la représentation « directe », à savoir la faculté pour une personne de devenir directement titulaire des droits et obligations issus d'un contrat conclu en son nom par une autre personne. Elle est donc le moyen accordé à un sujet de droit de faire un acte juridique par l'intermédiaire d'une personne qui le représente, qui le rend présent. L'acte juridique produit les mêmes effets que si ce sujet de droit avait agi personnellement.

La représentation indirecte est conçue selon un schéma semblable : elle suppose également le recours à un intermédiaire qui, cette fois, agit en son propre nom. Aussi l'acte fait par cet intermédiaire n'aura d'effets directs qu'à son égard, mais rien n'empêchera ce dernier de transférer à celui qui l'a mis en œuvre les droits ou les obligations qu'il a acquis d'un tiers, et cela au moyen d'un nouvel acte juridique. La représentation indirecte est, par consé-

¹ Parmi les premiers, Pestalozzi ; parmi les seconds, Schlossmann, Müller-Erzbach.

² Cf. la terminologie très complète dressée par *Schless*, *Mittelbare Stellvertretung und Treuhand*, p. 1, note 1 ; voir aussi *Fischbach*, *Treuhänder und Treuhandgeschäfte*, p. 276-277.

Pour des raisons de commodité et pour nous conformer à l'emploi habituel de ces termes, nous adoptons ceux de représentation indirecte et de représentant indirect ; nous indiquerons cependant dans notre conclusion la raison pour laquelle ces appellations sont impropres et doivent être abandonnées.

quent, un phénomène juridique complexe ; elle prend naissance lorsqu'une personne chargée par une autre d'agir pour son compte conclut en son propre nom un acte juridique avec un tiers.

Ainsi sommairement caractérisée, la représentation indirecte apparaît comme étant une manifestation réelle de la vie juridique, et non pas comme une pure notion théorique. Notre tâche consiste donc d'abord à rechercher la nature exacte de cette institution juridique et à préciser ensuite les règles pratiques qui doivent la régir. C'est la raison pour laquelle nous avons divisé notre étude en deux parties principales : la première est consacrée à l'examen théorique de la représentation indirecte, des différents rapports juridiques qui la composent et à la détermination de sa véritable nature ; dans la seconde, après avoir fixé la position du droit suisse en cette matière, nous tenterons, *de lege ferenda*, un essai de réglementation positif de la représentation indirecte. Nous faisons précéder ces deux parties d'un bref aperçu de droit romain et de la manière dont les droits allemand, français et italien ont résolu ce problème ; car nous estimons qu'il n'est pas possible d'étudier un tel sujet en droit suisse sans avoir une vue d'ensemble au moins sommaire sur les diverses solutions qui lui ont été données en droit comparé.

* * *

Il importe auparavant de se demander quels sont les motifs d'ordre pratique qui poussent une personne à charger une autre d'agir en son propre nom, mais pour le compte de la première. En effet, si celui qui agit, le représentant indirect, conclut un acte juridique avec un tiers, c'est qu'il est chargé, tout au moins dans la grande majorité des cas, par une personne, le représenté, de conclure cet acte. Pour quelles raisons celui-ci recourt-il à un intermédiaire pour faire un acte juridique qu'il devrait accomplir en réalité lui-même ?

Les auteurs ont principalement distingué trois raisons¹ :

1) Le représenté, qui désire utiliser les capacités et le crédit que possède le représentant dans un domaine déterminé, estime préférable, pour raisons d'affaires, de ne pas apparaître lui-même comme partie au contrat qu'il désire conclure ; aussi, au lieu de choisir la représentation directe, préfère-t-il charger de la conclusion du contrat un intermédiaire qui, agissant en son propre nom, pourra agir au mieux des intérêts du représenté, grâce à ses propres

¹ Voir à ce sujet : *Ihering*, *Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte*, p. 317-319 ; *Müller-Erzbach*, *Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung*, p. 5-6 ; *Fischbach*, *op. cit.*, p. 276 ; *Pestalozzi*, *Die indirekte Stellvertretung*, p. 29-32 ; *Schless*, *op. cit.*, p. 16-20 ; *Enneccerus-Nipperdey*, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II, § 179, p. 765-766.

connaissances des usages commerciaux et à son propre crédit. Ces considérations permettent de comprendre le grand développement pris par le contrat de commission particulièrement propre aux trac-tations commerciales à distance et entre pays éloignés.

2) Le représenté désire rester inconnu du tiers avec lequel il devrait conclure un contrat ; il charge un intermédiaire d'agir à sa place pour éviter que le tiers, connaissant le nom de son contractant, ne traite l'affaire à des conditions moins avantageuses pour lui, représenté, que si le tiers avait eu en face de lui une personne inconnue. Par exemple, A, désireux d'acheter de son voisin C une partie de son terrain, charge B de conclure en son propre nom l'acte d'achat, de crainte que C ne force le prix s'il sait que le véritable acheteur est A. Comme B s'est engagé vis-à-vis de A à lui transférer ensuite l'objet qu'il a acquis du tiers, A parviendra par ce moyen au but qu'il s'était proposé, tout en étant resté dans l'ombre.

3) Le représenté désire pouvoir bénéficier d'un avantage déterminé auquel il n'a pas droit personnellement en recourant aux services d'un représentant agissant en son propre nom. Il peut, en effet, se produire qu'une personne jouisse, pour une raison quelconque, d'avantages pécuniaires lorsqu'elle conclut un contrat avec une autre personne; par exemple, B, membre de la société X, obtient en cette qualité dix pour cent de réduction sur les achats qu'il fait dans tel magasin. Si A charge B d'acheter pour son compte un certain nombre d'objets dans le dit magasin, il pourra, par ce moyen détourné, bénéficier des avantages octroyés à B.

Il va sans dire que ces divers motifs qui peuvent pousser une personne à recourir à la représentation indirecte pour parvenir au but qu'elle se propose ne sont pas les seuls que l'on puisse imaginer ; ce sont les plus importants.

Certains auteurs, tels Müller-Erzbach, Pestalozzi, Schless, ont en outre mentionné, parmi les raisons pour lesquelles une personne charge une autre d'agir en son propre nom, le désir de simplifier la situation juridique que crée l'emploi de la représentation directe. En recourant à la représentation indirecte, le représenté est dispensé de donner une procuration au représentant ; il évite en outre à ce dernier l'obligation de prouver sa qualité de représentant autorisé, puisque le représentant indirect agit en son propre nom ; la représentation indirecte permet enfin au tiers avec qui conclut le représentant de n'avoir affaire qu'à son contractant sans avoir à rechercher un représenté éventuellement domicilié dans un pays étranger. Ce raisonnement est certes indiscutable ; nous ne pensons toutefois pas qu'il puisse être considéré comme l'un des motifs importants pour lesquels une personne choisit la représentation indirecte de préférence à la représentation directe. En effet, l'exa-

men des motifs que nous avons mentionnés démontre que la représentation indirecte possède une fonction propre qui n'est pas du tout semblable à celle de la représentation directe ; celle-ci serait inadéquate pour parvenir au but recherché par celui qui veut se servir du crédit d'autrui, demeurer inconnu à celui qui devrait être son cocontractant ou bénéficiaire indirectement d'avantages auxquels il n'a pas droit personnellement. C'est donc intentionnellement, en raison de la divergence des possibilités d'action qu'elles offrent au représenté, que celui-ci recourra à l'une ou à l'autre des deux espèces de représentation, selon le but qu'il désire atteindre, plutôt qu'en raison des simplifications d'ordre juridique qu'entraîne la représentation indirecte par rapport à la représentation directe, simplifications dont le profane n'aura d'ailleurs le plus souvent pas conscience.

Ce bref examen des motifs qui incitent un sujet de droit à recourir à la représentation indirecte en raison du but défini auquel il s'est proposé d'arriver souligne l'importance pratique de cette institution dans le domaine du droit positif. Elle a une fonction précise à remplir parmi les divers autres moyens dont peut user une personne pour accomplir tel ou tel acte juridique. De même qu'un sujet de droit peut agir personnellement ou par l'intermédiaire d'un représentant qui le rendra directement cocontractant du tiers avec lequel il conclut, de même ce sujet de droit est autorisé à se substituer un représentant agissant en son propre nom et lui transférant ensuite les divers droits acquis. Ce que le représentant recherche par le moyen de la représentation indirecte, c'est de parvenir à un résultat économique ou juridique déterminé, sans pouvoir ou sans vouloir être le cocontractant direct de celui avec lequel il devrait normalement conclure pour atteindre ce résultat.

* * *

Il était nécessaire, avant d'aborder la partie théorique de cette étude, de souligner l'importance et l'incidence de la représentation indirecte dans la vie pratique et d'indiquer les motifs pour lesquels un sujet de droit recourt à elle pour parvenir à ses fins, motifs qui déterminent la fonction propre que possède la représentation indirecte parmi d'autres institutions juridiques.

PREMIÈRE PARTIE

La formation du concept de la représentation indirecte

SECTION I

La représentation en droit romain

Jusqu'à l'époque de Justinien en tout cas, le droit romain ignore le concept de représentation au sens où nous l'entendons aujourd'hui. La non-admission de la représentation s'explique d'ailleurs historiquement : l'ancien droit était, en effet, un droit essentiellement formaliste qui excluait l'idée même d'une représentation ; selon le principe généralement admis, l'on ne pouvait s'obliger qu'en accomplissant personnellement les formes exigées pour la création des contrats solennels, formes qui créaient le lien juridique à la place de l'accord des volontés. Il fallait donc que les contractants fussent présents à l'acte, condition qui exclut tout contrat conclu par l'intermédiaire d'un représentant. Cette règle valait pour tous les contrats, surtout pour la stipulation¹.

Il faut remarquer que la règle de la non-représentation a été conservée très longtemps ; pendant plusieurs siècles, l'absence de représentation a été maintenue. On peut trouver les raisons de ce conservatisme dans l'organisation sociale : la vie familiale gardait toute son importance, de sorte que le « *pater familias* » pouvait agir par l'intermédiaire des personnes placées sous sa puissance : fils, esclaves, etc. La représentation directe, qui existait en Grèce et en Egypte, ne répondait donc pas à une nécessité pressante².

En droit, rien ne s'oppose à ce qu'une personne transfère à une autre, au moyen d'un acte juridique, les droits qu'elle a pu acquérir par la conclusion d'un contrat avec une tierce personne. Ainsi si A a acheté un esclave à B, rien ne l'empêche de vendre à son tour cet

¹ Monier, Manuel élémentaire de droit romain, II, nos 76 ss., p. 96 ; n° 89, p. 111.

² Cf. Kaser, Das römische Privatrecht, I, p. 225 ss.

esclave à C si celui-ci le convoite. C'est là un moyen d'agir indirectement pour le compte d'autrui. Grâce à deux opérations juridiques successives et parfaitement distinctes, un mandataire pouvait transférer à son mandant les bénéfices acquis pour son compte par un acte juridique¹. Le mandant ne possédait par conséquent aucune action directe lui permettant de réclamer au tiers vendeur le transfert de la chose acquise dans son intérêt par le mandataire ; seule une « *actio mandati* » lui était accordée contre celui-ci, action sanctionnant les obligations résultant du contrat de mandat ; elle n'avait qu'un caractère personnel et n'offrait donc une sécurité au mandant qu'en cas de solvabilité du mandataire. De son côté, le mandataire possédait une « *actio mandati contraria* » pour se faire rembourser les dépenses faites dans l'intérêt du mandant et demander éventuellement réparation des pertes que lui avait causées l'opération².

Ce système est avantageux pour le tiers en ce sens qu'il ne traite qu'avec le mandataire sans même peut-être connaître l'existence du mandant, ou s'il la connaît, sans avoir à tenir compte de la personnalité ou de la solvabilité de ce mandant. Il présente par contre des inconvénients multiples :

a) le mandant n'acquiert pas de créance directe contre le tiers ; il n'obtiendra donc le résultat désiré que si le mandataire lui transfère le bénéfice des opérations conclues pour son compte ;

b) le mandataire devient créancier ou débiteur direct du tiers, c'est-à-dire qu'il est seul responsable vis-à-vis de lui, alors qu'il n'était peut-être nullement dans son intention de s'engager personnellement ;

c) le tiers est en rapport direct avec le mandataire, quand bien même il aurait préféré pouvoir compter sur la solvabilité du mandant.

Ainsi la position du droit romain avant Justinien était la suivante : on n'avait pas encore admis qu'un contrat conclu par deux personnes pût produire des effets directement en faveur ou au détriment d'une tierce personne. L'intervention d'un tiers dans le rapport de droit apparaissait comme incompatible avec le caractère formaliste du droit. Comme le dit Girard³, « on n'a pas encore inventé l'idée qu'un lien formé entre deux personnes puisse être opposé en dehors d'elles, par un autre que le créancier, à un autre que le débiteur ».

Cette conception du contrat, très étroite parce que très littéraliste, paralysait le commerce d'une manière considérable. C'est la raison pour laquelle les prêteurs, puis la jurisprudence, apportèrent

¹ Monier, op. cit., n° 139, p. 183.

² Cf. M. Kaden, Des pertes fortuites du mandataire, p. 19 ss.

³ Girard, Manuel élémentaire de droit romain, p. 700.

des améliorations à ce système et élargirent la notion du mandat pour en faire une institution plus adaptée au besoin des affaires. Pour étudier cette évolution, il faut distinguer les affaires traitées par les personnes sous puissance pour le compte du « pater familias » de celles traitées par des personnes « sui juris ».

1. *Les affaires traitées par les « alieni juris ».*

Dans l'ancien droit déjà, on avait admis que le « pater familias », lorsqu'il traitait avec des tiers par l'intermédiaire de personnes placées sous sa puissance, devenait directement créancier de ces tiers, tandis qu'il n'était tenu des obligations que si elles avaient été stipulées sur son ordre. Ce système était une source d'injustices pour les tiers qui hésitaient à traiter avec des « alieni juris » sans patrimoine, puisque le « pater familias » n'encourait pas de responsabilité.

En vue de protéger ces tiers, le préteur décida de leur accorder des actions spéciales à transposition de personnes, c'est-à-dire portant dans l'« intentio » le nom de la personne sous puissance et dans la « condemnatio » celui du « pater familias »¹. Ces actions, appelées « actiones adiecticiae qualitatis », sont accordées aux tiers qui ont traité avec un esclave ou un fils de famille pour faire condamner le « pater familias » qui avait manifesté, expressément ou tacitement, la volonté d'assumer totalement, ou du moins dans une certaine limite, les conséquences des opérations juridiques de ses « alieni juris »². Elles ont donc pour effet de permettre la mise en cause du chef de famille. Le préteur en avait prévu de deux sortes, selon que l'« alieni juris » agissait simplement sur ordre du père de famille ou recevait un pécule à concurrence duquel il était tenu. Les premières sont les actions « quod jussu », « exercitoria » et « institoria », en vertu desquelles le « pater familias » est tenu de rembourser la totalité de la dette, toutes les fois qu'il avait autorisé l'« alieni juris » à conclure un acte déterminé, lui avait confié la direction d'un navire en vue d'un commerce maritime ou l'avait placé à la tête d'un commerce terrestre : dans ces deux derniers cas, il est responsable de tous les actes conclus par son préposé dans les limites de son pouvoir³. Dans la seconde hypothèse, c'est-à-dire dans les cas où le « pater familias » a confié un pécule à l'« alieni juris », le préteur a décidé que le premier serait tenu des engagements de la personne sous puissance, dans la mesure de son enrichissement et du montant du pécule : action « de peculio et de in rem verso », parfois complétée par l'action « tributoria ». Ainsi les

¹ Girard, op. cit., p. 703.

² Monier, op. cit., II, n° 189, p. 259.

³ Monier, ibidem, p. 259-260.

tiers pourront poursuivre le chef de famille jusqu'à concurrence du montant du pécule ou de son enrichissement, bien que l'opération juridique ait été accomplie sans son assentiment ¹.

Il est important de constater que cette responsabilité du « *pater familias* » n'a pas pour effet de supprimer celle de l'« *alieni juris* », qui demeure civilement obligé s'il s'agit d'une personne libre ou tenu par une obligation naturelle s'il s'agit d'un esclave. Le tiers a donc la possibilité de rechercher aussi bien la personne sous puissance que le « *pater familias* ».

2. Les affaires traitées par les « *sui juris* ».

La possibilité pour une personne « *sui juris* » d'agir pour un autre « *sui juris* » fut beaucoup plus difficile à admettre par le droit romain ; elle ne fut introduite que tardivement, au début du III^e siècle de notre ère environ. Auparavant, le prêteur accordait contre le mandant représenté par une personne « *sui juris* » les mêmes actions « *institoria* » et « *exercitoria* » lorsque le mandant avait confié à un « *sui juris* » la direction d'un navire ou d'un commerce. Par la suite, la notion de préposé fut étendue à toutes les affaires industrielles et agricoles. Ce fut probablement Papinien qui fit admettre que l'on pourrait dorénavant agir contre le mandant en raison des opérations financières conclues par le préposé au moyen d'une action utile, semblable à l'action « *institoria* », appelée action « *quasi institoria* ». Elle fut aussi accordée en cas de gestion d'affaires ratifiée. Sous Justinien, elle fut complétée par une nouvelle action « *de in rem verso* », fondée sur le bénéfice procuré au représenté par l'acte conclu par le représentant ; d'autre part, le maître de l'affaire ou le mandant peut être poursuivi par cette dernière action quand il a profité de l'opération conclue par un gérant dont il n'a pas ratifié la gestion ou par un mandataire qui a excédé les limites de son mandat ².

Ici encore, la représentation directe, telle que nous la connaissons, ne fut pas admise. Comme le dit Monier ³, il n'y a pas « effacement du représentant derrière la personne qu'il représente » ; il reste, au contraire, tenu à l'égard du tiers qui est en droit de rechercher aussi bien la personne avec laquelle il a traité que le représenté, qui est le véritable intéressé : il a donc deux débiteurs en face de lui ⁴.

¹ Girard, op. cit., II, p. 700 ; Monier, op. cit., II, n° 189, p. 260.

² Monier, ibidem, p. 260-261 ; Girard, op. cit., p. 709.

³ Monier, ibidem.

⁴ Voir également sur ce sujet Savigny, Das Obligationenrecht, II, p. 22-35.

Cependant, le droit romain connaissait une sorte de représentation passive « iure civili » plus complète dans les deux cas suivants¹ :

a) si la personne qui agissait au nom d'autrui était un fondé de pouvoir légal et non conventionnel : tuteur, administrateur des biens d'une personne morale. Dans l'ancien droit, ces personnages étaient seuls tenus des engagements contractés pour le compte des pupilles, des incapables ; le droit nouveau permit de poursuivre, en raison de leurs engagements et après l'expiration de leurs fonctions, les personnes dont ils avaient géré les affaires (les organes des personnes morales rendaient celles-ci directement débitrices dès le moment où ils avaient agi). Les fondés de pouvoir reçurent eux-mêmes la faculté de se soustraire aux poursuites et de repousser par une exception les actions intentées contre eux à raison des engagements pris pour le compte des incapables.

b) lorsque l'obligation résulte d'un « mutuum » ou d'un paiement de l'indû : dès que le droit admit la possibilité d'acquérir la possession « per extraneam personam », ce sera l'intéressé, pupille, mandant, et non pas le fondé de pouvoir, mandataire, tuteur, qui sera obligé « re » à la restitution.

A ces deux exceptions correspondent, selon Girard², deux dérogations au principe selon lequel on ne devient pas créancier « per extraneam personam » :

a) le tuteur, l'administrateur d'une personne morale, le curateur, qui ont agi pour le compte de l'incapable, deviennent seuls créanciers d'après le droit civil, et voient, en droit nouveau, à la fin de leurs pouvoirs, la créance paralysée dans leurs mains par une exception en même temps qu'elle est transférée comme action utile sur la tête de l'ex-incapable (les personnes morales, elles, acquièrent directement la créance dès que leurs organes ont agi) ;

b) puisque l'on peut se dépouiller de la possession par l'intermédiaire d'un tiers, il est possible de devenir créancier « ex mutuo », créancier de l'indû, et le tiers qui aura remis les deniers ne le deviendra pas.

* * *

La règle générale du droit romain étant que chacun agit pour soi, comment s'opérait le transfert des droits que le mandataire avait acquis dans l'intérêt du mandant ?

Pour des raisons identiques à celles qui s'opposaient à l'adoption de la représentation directe, la cession de créances était inconnue de l'ancien droit. Le lien d'obligation possédant un caractère stric-

¹ Girard, op. cit., p. 711 ; Monier, op. cit., II, n° 188, p. 258, parle de représentation parfaite.

² Girard, op. cit., p. 711-712.

tement personnel, une telle cession était impossible à imaginer. Aussi cette notion ne s'introduisit-elle que lentement et par des moyens détournés¹.

Primitivement, le seul moyen permettant d'arriver au but atteint par la cession de créance était la novation : le mandataire, créancier du tiers, invitait son mandant, cessionnaire de la créance, à se faire promettre par stipulation l'objet par le débiteur, qui cessait d'être tenu envers le mandataire et devenait l'obligé du stipulant. Les inconvénients de la novation sont connus : extinction de la créance primitive et naissance d'une nouvelle créance qui ne sera pas obligatoirement munie des mêmes garanties que la première (cautions en particulier), puisque le débiteur n'est pas obligé de les accorder au nouveau créancier ; elle exige d'autre part l'accord du débiteur qui reste libre de ne pas vouloir conclure avec le cessionnaire ; enfin, le débiteur perd les moyens de défense qu'il aurait pu opposer au cédant et qu'il ne peut opposer au cessionnaire.

Avec l'apparition de la procédure formulaire, la pratique employa un nouveau système : le prêteur admit qu'on pût se faire remplacer en justice par un « *cognitor* » ou un « *procurator* ». Ainsi le cédant chargeait-il le cessionnaire de recouvrer la créance en justice en le dispensant de rendre compte de l'exécution du mandat, le cessionnaire pouvant garder pour lui le bénéfice des poursuites. C'est ce qu'on a appelé la « *cognitio* » ou « *procuratio in rem suam* ». Le cessionnaire n'acquiert pas la créance, car il n'agit pas contre le débiteur en son nom personnel, mais en celui du cédant. C'est seulement par la « *litis contestatio* » qu'un lien juridique s'établira entre le cessionnaire et le tiers. Sur le précédent, ce système offre l'avantage de ne pas exiger l'accord du cédé et de conserver à la créance ses garanties. Par contre, le cessionnaire court le danger jusqu'à la « *litis contestatio* » que le cédant révoque son mandat, cède la créance à une autre personne ou l'éteigne par acceptation du paiement ou par « *acceptilatio* ».

Au cours de l'Empire, ce système fut corrigé en ce sens que le droit du cessionnaire fut rendu indépendant, car des actions utiles lui furent accordées. Ainsi l'acheteur d'une hérédité pouvait-il en intenter en son nom personnel contre les débiteurs du défunt et paralyser de cette manière les actions directes restées en mains de l'héritier en faisant connaître la vente de l'hérédité aux débiteurs cédés. De même, dans certains cas et lorsque le créancier qui avait chargé le cessionnaire de poursuivre le débiteur était décédé, le cessionnaire fut mis au bénéfice d'actions utiles. Ce système fut généralisé sous Justinien et l'on précisa que le cédant n'aurait plus la possibilité de faire valoir le droit de créance qu'il avait théori-

¹ Monier, op. cit., II, p. 262 ss.

quement conservé, non seulement lorsque le cessionnaire aurait fait « *litis contestatio* », mais également lorsqu'il aurait notifié la cession au débiteur ou reçu de lui un paiement partiel.

* * *

De ce bref exposé des principes et du système adoptés par le droit romain pour résoudre le problème que pose tout acte juridique accompli dans l'intérêt d'un tiers on peut tirer quelques conclusions :

La règle fondamentale est qu'un lien d'obligation ne concerne que les deux parties contractantes à l'exclusion de tout tiers ; elle résulte du caractère essentiellement personnel de l'obligation dû au formalisme de l'ancien droit. Une seule exception : le « *pater familias* » bénéficie des acquisitions faites par les personnes qui se trouvent sous sa puissance, mais n'est pas tenu des dettes qu'elles contractent.

Puis, peu à peu, avec le développement du commerce apparurent dans certains cas (il n'y a pas de règle générale valable pour tous les cas de représentation) des mesures destinées à protéger les tiers et leur permettant de rechercher, à côté des « *alieni juris* » et des divers préposés, directement celui qui, dans son intérêt, les utilisait comme intermédiaires. Ainsi, parti d'un système de « non-représentation », le droit romain a fini par admettre peu à peu l'idée de la représentation en considérant qu'un acte juridique peut déployer ses effets sur la tête d'une personne autre que celle qui l'a passé. Ce n'est cependant que dans des cas rares qu'il admit véritablement une représentation directe active et passive (c'est-à-dire la formation d'un lien juridique direct entre le représenté et le tiers). Dans une large mesure il continua à l'ignorer, restant fidèle au principe que le contrat ne déploie ses effets que dans la personne des parties qui le concluent (ce que confirme le système adopté pour le transfert des créances).

D'autre part, en reconnaissant qu'il y avait lieu, pour des considérations d'équité, de donner aux tiers la faculté de rendre directement responsable celui qui agit par l'intermédiaire de préposés tout en leur conservant le droit de rechercher directement ceux-ci, le droit romain n'a cependant pas consacré le système opposé de la représentation indirecte, qui, comme nous le verrons plus loin, postule l'absence de lien juridique direct entre le représenté et le tiers ¹.

¹ Pestalozzi, op. cit., p. 25-26, semble n'avoir pas remarqué cette double responsabilité du représentant et du représenté vis-à-vis du tiers ; nous ne pouvons donc pas le suivre lorsqu'il dit que la représentation indirecte, au sens actuel du mot, était utilisée pratiquement dans la plupart des cas en droit romain.

Le droit romain s'est donc arrêté à un système mixte qui lui est propre, que Monier¹ qualifie de « représentation imparfaite ». Ses caractéristiques nous semblent avoir été particulièrement mises en évidence par le professeur Flattet² : « Les Romains avaient su dégager les deux principes fondamentaux qui donnent à la conclusion de contrats pour le compte d'autrui toute son efficacité : la responsabilité du bénéficiaire du contrat, doublée éventuellement de la responsabilité de l'intermédiaire, et l'action directe du bénéficiaire contre le cocontractant ».

¹ Monier, *op. cit.*, II, n° 189, p. 259.

² Flattet, *Les contrats pour le compte d'autrui*, n° 30, p. 34-35.

SECTION II

La représentation indirecte dans les droits allemand, français et italien

§ 1. La représentation indirecte en droit allemand

Savigny¹ explique de la manière suivante le passage du système de la représentation en droit romain tel que nous venons de le décrire au système de la représentation directe, qui est la forme la plus couramment admise aujourd'hui :

Dans le droit de Justinien, l'ancienne règle de la non-représentation avait été conservée pour les actes formalistes, en particulier pour la stipulation (seule l'acquisition de biens par l'intermédiaire d'esclaves était possible) ; pour les actes non formalistes, au contraire, la représentation était possible : « tout était basé sur la seule volonté des personnes en cause ». Or, dit Savigny, le droit allemand, à notre époque (1853), ne connaît plus ni stipulation, ni esclaves : la première de ces règles a donc disparu, la seconde, qui consacre le principe de la représentation, a seule subsisté. Il voit une confirmation de cette constatation dans les canons 68 et 72 du droit canon², qui posent la règle que celui qui peut agir par lui-même peut agir par l'intermédiaire d'un autre.

Poursuivant sa démonstration, Savigny en arrive à distinguer, pour la première fois semble-t-il, deux sortes de représentation³ : ou bien le représentant agit au nom du représenté, ce qui a pour conséquence de mettre en rapport direct celui-ci et le tiers ; ou bien le représentant agit en son propre nom, d'où il résulte que des liens juridiques prennent naissance entre lui et le tiers, et non pas entre le représenté et le tiers (à moins de cession au représenté par le représentant de ses créances contre le tiers)⁴.

¹ Savigny, op. cit., II, p. 50 ss., 68 ; sur l'évolution de la représentation depuis le droit de Justinien jusqu'au XIX^e siècle, voir Pestalozzi, op. cit., § 4, p. 26-28.

² Canons 68 et 72 cités par Savigny, ibidem, p. 51.

³ Savigny, ibidem, p. 60 ss.

⁴ Cette double possibilité d'agir dans l'intérêt d'autrui a également été reconnue et développée par Ihering, Mitwirkung, p. 312 ss., spécialement 322-323.

La distinction faite par Savigny entre la représentation directe et ce qu'il appelle la représentation « d'un second genre » ¹ (Stellvertretung zweiter Art) est capitale et fut à la base de nombreuses controverses entre les auteurs. Si le plus grand nombre d'entre eux s'attacha à définir et à cerner la notion de représentation comme telle et spécialement celle de représentation directe, certains se consacrèrent à l'étude de la représentation indirecte, soit pour en combattre le concept, soit au contraire pour en dégager le caractère exact. Il nous paraît intéressant de passer en revue les plus caractéristiques des théories consacrées à ce sujet.

Pour Mitteis, qui étudie la représentation d'après le droit romain, il n'est pas possible de parler de représentation dans les cas où une personne agit dans l'intérêt économique et pour le compte d'autrui mais de manière à être elle-même directement titulaire des droits et obligations à l'égard des tiers. Le terme de « représentation » implique déjà que l'on agisse pour autrui dans l'intention de « remplacer son activité personnelle » ; il ne peut donc y avoir représentation que lorsqu'un acte juridique produit des effets directs pour autrui, c'est-à-dire lorsqu'il n'est entrepris par son auteur « ni pour créer des droits et des obligations propres, ni en vertu d'un droit ou d'un intérêt propres, ni en son propre nom » ². Ainsi, Mitteis exclut la représentation indirecte du domaine de la représentation.

Schlossmann a consacré une importante étude à la théorie de la représentation dans les contrats du droit des obligations. Il commence par critiquer Savigny et Ihering d'avoir établi une division bipartite qui n'englobe pas tous les cas de représentation, et la réfute en montrant qu'elle est basée sur la théorie de la volonté, qui, selon lui, offre de nombreuses complications (il faudrait en principe un triple accord des volontés puisqu'il y a trois parties en cause) ; il s'en prend ensuite à la notion — peu claire — de l'acte fait au nom d'autrui, notion vide de signification. Il tâche enfin de prouver l'absence de tout motif justifiant l'existence de la représentation indirecte qui fait en quelque sorte double emploi avec la représentation directe, et il conclut que cette division bipartite est erronée ³.

Dans la seconde partie de son ouvrage, Schlossmann, pour édifier sa théorie, établit que l'effet juridique caractéristique (spezifische Rechtswirkung) de toute représentation consiste en une « presta-

¹ Savigny, op. cit., II, p. 63.

² Mitteis, op. cit., p. 3, 7.

³ Schlossmann, Die Lehre von der Stellvertretung, insbesondere bei obligatorischen Verträgen, I, passim, spécialement §§ 8, 10, 11 ss., 19, 29, 34.

tion faite aux risques et pour le compte d'autrui » (*Dienstleistung für einen andern für dessen Rechnung und Gefahr*). Il recherche alors quelles sont les conditions réelles qui existent chaque fois que le droit reconnaît directement ou indirectement attachés à une personne les effets juridiques d'une affaire qu'elle a conclue. Ce sont l'existence d'un rapport de représentation entre représenté et représentant et l'acte fait par le représentant conformément à ce rapport de représentation ; ces deux conditions se retrouvent dans tous les cas de représentation. Parvenu à ce point, Schlossmann se demande pourquoi, dans ces cas, il y a tantôt effet direct, tantôt effet indirect ; il n'en trouve la raison ni dans la nature du rapport de représentation, ni dans le développement historique des diverses institutions juridiques. Se plaçant alors au point de vue du législateur, il examine la valeur de chacun des deux systèmes et conclut que le but à atteindre est de rechercher pour chaque cas de représentation la solution juridique qui résout le mieux possible le problème de la représentation et sauvegarde au maximum les intérêts des parties en cause¹.

A Mitteis et Schlossmann s'oppose Müller-Erzbach, qui considère la représentation indirecte comme une institution juridique spéciale. Dans l'étude qu'il lui a consacrée, il relève d'abord les motifs qui poussent une personne à recourir à la représentation indirecte plutôt qu'à la représentation directe. Il constate toutefois qu'un rapport juridique direct doit être créé entre le représenté et le tiers pour que soient évitées des injustices lésant les intérêts de chacune des trois parties en cause (par exemple, le représenté, s'il est trompé par le tiers, ne peut rechercher ce dernier et vice versa, etc.). Ces injustices ne peuvent être évitées qu'en admettant l'existence d'un rapport juridique direct entre représenté et tiers ; Müller-Erzbach s'empresse alors de préciser qu'il n'y a pas représentation directe comme on pourrait le croire, car le représentant conserve un rôle actif : il est un obligé accessoire (*ein akzessorisch Verpflichteter*) avec le représenté vis-à-vis du tiers, qui se trouve avoir ainsi deux débiteurs en face de lui. Dès lors, il y aura représentation indirecte « si les contractants (représenté et tiers) ont désiré cette responsabilité du représentant, ce qu'il faut admettre en cas de doute »². Comme bien on peut le penser, Müller-Erzbach trouve la confirmation de sa théorie dans l'analyse du droit romain qui a admis cette double responsabilité du représenté et du représentant, en même temps que la création d'un lien direct entre le

¹ Schlossmann, *op. cit.*, II, *passim*, spécialement §§ 1-3, 7, 15-17, 43, 80. Rümelin, *Das Handeln in fremden Namen*, p. 139, s'est rallié à la théorie de Schlossmann.

² Müller-Erzbach, *op. cit.*, *passim*, spécialement §§ 2-5 et p. 39-40.

premier et le tiers. Il souligne d'autre part que ses idées sont également confirmées par le fait que la jurisprudence allemande a dû reconnaître un intérêt au représentant pour lui permettre de réclamer des dommages-intérêts en cas d'inexécution du contrat par le tiers, et par le code de commerce allemand qui a reconnu un droit particulier à l'intéressé dans la faillite du commissionnaire¹. Ces deux indices confirment, pour Müller-Erzbach, la justesse de sa théorie.

Cette analyse de trois des principaux auteurs qui ont étudié le problème de la représentation montre les différents points de vue adoptés à l'époque. Si Müller-Erzbach est parti de données réelles, comme il l'indique dans le titre de son ouvrage, à savoir les intérêts des parties en cause, tant Mitteis que Schlossmann ont plutôt considéré le problème du point de vue théorique. Ce sont cependant leurs idées qui remportèrent la faveur des juristes allemands de la fin du XIX^e siècle. En effet, la théorie de la représentation directe considérée comme seule forme possible de représentation fut consacrée lors de la rédaction du code civil allemand, tandis que la représentation indirecte était passée complètement sous silence. L'exposé des motifs justifie cette exclusion de la manière suivante : « La représentation indirecte, selon laquelle quelqu'un entreprend une affaire juridique en son propre nom mais dans le dessein d'en transférer les effets juridiques à une autre personne, ne constitue pas du point de vue juridique un cas de représentation (ist juristisch betrachtet kein Fall der Vertretung) »².

Les auteurs du projet de code sont partis des considérations suivantes : la représentation indirecte peut être décomposée en deux actes juridiques absolument distincts et autonomes ; elle n'est donc pas une institution spéciale, mais correspond à une activité juridique normale. En effet, si A et B concluent entre eux un contrat de mandat en vertu duquel B s'oblige à acquérir d'un tiers, désigné ou non, un objet qu'il transférera ensuite à A et A s'oblige à dédommager B de tous les frais causés par cette opération, un tel contrat est pour tout tiers une « res inter alios acta » ; lorsque B achète à un tiers C l'objet en question, ce contrat est également « res inter alios acta » pour toute autre personne, y compris A, puisqu'il n'est en aucune manière cocontractant. A et C peuvent donc fort bien s'ignorer l'un l'autre, car ils ne sont pas entrés en relation directe³. Les rédacteurs du projet du BGB sont arrivés à la conclusion qu'il n'y avait pas, dans une telle éventualité, « un

¹ Voir plus loin l'analyse de ces deux cas, p. 103 ss. et 126 ss.

² Motive zu dem Entwurf eines BGB, ad § 115, I, p. 223.

³ C'est là le raisonnement de Savigny poursuivi jusque dans ses conséquences extrêmes. Voir également Staundinger, Kommentar zum BGB, I, p. 681.

cas de représentation », puisque celle-ci, qui correspond uniquement à la représentation directe, a précisément pour effet la création d'un lien juridique direct entre deux personnes mises en contact au moyen d'un intermédiaire agissant au nom d'autrui¹ et ne devenant par conséquent pas titulaire des droits et obligations qui résultent de l'acte juridique qu'il conclut. Or, c'est justement parce que dans ce cas le représenté devient, à la place de celui qui agit, le titulaire de ces droits et obligations qu'il y a lieu de consacrer à la représentation directe des dispositions spéciales dans un code civil, car elle est une exception au principe général de la conclusion des contrats, à savoir que sont seules parties contractantes, et par conséquent obligées, les personnes qui les ont conclus.

L'adoption de la représentation directe comme seul mode de représentation admis et l'absence de toute règle relative à la représentation indirecte (sauf à l'occasion du contrat de commission) eurent pour conséquence d'accroître considérablement, en droit allemand, l'importance de la représentation directe, à laquelle furent consacrées de nombreuses publications, tandis que la représentation indirecte, faisant figure de parent pauvre, demeurait négligée²; on ne chercha plus guère à examiner la construction exacte de cette institution, d'où il résulta un certain nombre de théories erronées. C'est à cette même cause qu'il faut également rattacher l'incertitude de nombreux auteurs quant à la nature précise de la représentation indirecte. Nous verrons dans la seconde partie de cette étude les multiples problèmes que pose cette institution et les controverses qu'ils ont soulevées.

* * *

Toutefois, à propos du contrat de commission (et des contrats qui en dérivent : expédition, etc.), la doctrine et la jurisprudence reconnurent l'utilité de la théorie de la représentation indirecte ; elle fut d'ailleurs souvent confondue avec le contrat de commission en ce sens que l'on considérait le commissionnaire pour ainsi dire comme le seul représentant indirect possible³. Or, comme en droit allemand le commissionnaire doit exercer son activité professionnellement⁴ et comme l'objet de l'affaire doit être limité à l'achat ou

¹ Motive zu dem Entwurf eines BGB, ibidem : « Zu dem Wesen der Vertretung gehört nach dem Entwurfe, dass ein Rechtsgeschäft im Namen eines Anderen vor- bzw. entgegengenommen wird ».

² L'étude de Müller-Erzbach, analysée ci-dessus, montre à quels résultats insoutenables conduisirent les auteurs désireux de justifier son existence sans en reconnaître les véritables données.

³ Schless, op. cit., p. 9 : « Umgekehrt ist anerkanntermassen der Kommissionär der Prototyp des mittelbaren Stellvertreters ».

⁴ HGB, § 383 : « Wer es gewerbsmässig... ».

à la vente de marchandises ou de papiers-valeurs, l'on peut en conclure que les simples particuliers ne peuvent pas recourir à la représentation indirecte pour leurs affaires ; il est vrai que le § 406 HGB a toutefois déclaré les règles du contrat de commission applicables également lorsqu'un commerçant fait une affaire autre que celle mentionnée ci-dessus ou lorsqu'un commerçant non-commissionnaire conclut occasionnellement un contrat de commission.

* * *

En résumé, le droit allemand ne connaît aucune disposition spéciale réglementant la représentation indirecte qu'il considère comme ne faisant pas partie du domaine de la représentation. Reconnue toutefois par une partie de la doctrine, rien ne s'oppose à ce qu'elle soit utilisée par les sujets de droit qui désirent y recourir.

Dans le domaine commercial, le droit allemand a institué des règles relatives au contrat de commission, qui est « la forme la plus importante de la représentation indirecte »¹ ; elles ne sont toutefois applicables qu'aux commissionnaires, et, de par le § 406 HGB, éventuellement aux commerçants.

§ 2. La représentation indirecte en droit français

La représentation « ne fait, dans les codes français, l'objet d'aucune réglementation d'ensemble, distincte de celle du mandat. De là est née l'habitude de considérer la représentation comme liée au mandat (cf. art. 1984 CCF) »².

Il convenait, au début de ce bref exposé de droit français relatif à la représentation, d'indiquer d'emblée ce qui le caractérise, à savoir le lien étroit qui existe entre la représentation et le mandat, d'ailleurs longtemps confondus. Ce fut la doctrine qui, peu à peu, fit ressortir le caractère véritable de la représentation.

Les auteurs furent d'abord partisans de la théorie de la fiction au terme de laquelle ils considéraient que le véritable contractant est le représenté, le représentant n'étant que son porte-parole, « le véhicule de la volonté du représenté »³. Lerebours-Pigeonnière s'ex-

¹ Pestalozzi, op. cit., p. 33.

² Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français, VI, I, n° 55, p. 62. Sur l'histoire du développement de la représentation en droit français depuis le droit romain, voir Popesco-Ramniceano, De la représentation dans les actes juridiques en droit comparé, p. 179 ss., spécialement p. 193 ss.

³ Capitain, Introduction à l'étude du droit civil, p. 364.

primait ainsi¹ : « C'est un principe élémentaire qu'il faut établir une démarcation entre les mandataires selon que, par leur agissement, ils « représentent » ou « ne représentent pas » le maître, c'est-à-dire qu'ils le rendent ou non partie au contrat ». Et il précisait encore : « Représenter, c'est rendre présent, c'est-à-dire rendre partie, c'est conclure un contrat pour le compte d'autrui, « de manière que tout se passe comme si le maître avait été présent ou partie ». Le mot figure absolument le procédé... » Puis, influencée par la théorie de la représentation élaborée par les auteurs allemands, la doctrine française en vint à adopter l'idée que le représentant exprime bien sa propre volonté, qu'il n'est pas un simple messenger; elle admit qu'« un acte juridique peut produire ses effets sur la tête d'une personne autre que celui qui l'accomplit »². La situation juridique véritable du représentant était désormais reconnue : il agit lui-même personnellement, c'est-à-dire qu'il manifeste sa volonté propre, tandis que les effets de l'acte se produisent sur la tête du représenté³.

Il faut remarquer que les auteurs français parlent de représentation, sans jamais préciser s'il s'agit de représentation directe ou indirecte, comme le droit allemand a coutume de le faire. Si l'on recherche le caractère essentiel de cette représentation, on constate qu'il s'agit en réalité toujours de la représentation dite directe, car elle produit ses effets directement pour le représenté. Est-ce à dire que la représentation indirecte, telle que la conçoit le droit allemand, est inconnue du droit français ?

En l'absence de toute indication dans le code à ce sujet, certains auteurs se sont attachés à résoudre ce problème. Ils ont d'abord reconnu que le mandat n'emporte pas nécessairement représentation⁴ et qu'il peut être exécuté aussi bien par un mandataire agissant au nom d'autrui que par un mandataire agissant en son nom personnel « comme prête-nom ». Cette démarche les fit aboutir à des conclusions identiques à celles auxquelles étaient arrivés Savigny et Ihering. C'est ainsi que Demogue put écrire à ce propos⁵ : « On appelle souvent ces deux modes d'exécution, le premier, représentation directe ou immédiate, et le second, représentation indirecte ou médiate ». On pourrait conclure de cela qu'en droit français la

¹ *Lerebours-Pigeonnière*, Du prête-nom mandataire ou gérant d'affaires, p. 3, texte et note 5.

² *Capitant*, op. cit., n° 319, p. 365.

³ *Demogue*, Traité des obligations en général, I, n° 89, p. 173 ; *Capitant*, op. cit., n° 320, p. 365 ; *Planiol et Ripert*, op. cit., VI, I, n° 55, p. 63.

⁴ *Demogue*, op. cit., I, n° 98, p. 185 ; *Popesco-Ramniceano*, op. cit., p. 225 ; *Planiol et Ripert*, op. cit., n° 55, p. 62 ; *Flattet*, op. cit., n° 13, p. 12.

⁵ *Demogue*, op. cit., I, n° 90, p. 176.

représentation indirecte est connue sous le terme de « prête-nom ». Il convient d'examiner si ces deux notions sont bien correspondantes.

Dans sa thèse consacrée au prête-nom mandataire ou gérant d'affaires agissant en nom propre, Lerebours-Pigeonnière présente l'argumentation suivante à propos du prête-nom¹ : le mandataire agissant en son nom personnel est celui qui ne remplit pas les conditions de la représentation, qui conserve pour lui le rôle du maître au lieu de dégager sa personne du contrat et de communiquer la qualité de partie au véritable intéressé ; en d'autres termes : « un mandataire ou un gérant d'affaires qui ne représente pas le maître, c'est-à-dire qui ne dégage point sa personne des contrats et actions en justice pour lesquels il intervient pour le compte d'autrui mais y assume lui-même le rôle de partie ». Dans le même sens, Baudry-Lacantinerie et Wahl² le définissent comme « un mandataire déguisé sous les apparences d'un titulaire du droit qu'il revendique ou des obligations qu'il contracte pour le compte du mandant. Dans la réalité des choses et par rapport à celui dont il tient ses droits, le prête-nom peut être défini : un mandataire dissimulé ».

Ces auteurs insistent donc sur le caractère de mandataire que possède le prête-nom, tandis qu'ils lui déniaient la qualité même de représentant. Le prête-nom est un mandataire qui n'a pas reçu le pouvoir de représenter ; il est par conséquent obligé personnellement envers les tiers³. Cette situation implique qu'il agisse en son propre nom et qu'ait lieu un transfert à l'intéressé des droits et obligations acquis par le prête-nom⁴.

Il semble cependant que la désignation de « prête-nom » ne soit pas la seule par laquelle la doctrine française qualifie celui qui agit en son propre nom pour le compte d'autrui. M. Flattet, dans son récent ouvrage consacré aux contrats conclus pour le compte d'autrui, passe cette expression pour ainsi dire sous silence et parle d'« interposition de personnes réelle » et de mandat sans représentation ». Pour cet auteur, l'interposition réelle serait le type juridique des contrats conclus pour le compte d'autrui sans effet direct pour celui-ci, par opposition à la représentation, type des contrats dont les effets naissent directement dans le patrimoine d'autrui⁵ ; elle se présente « quand une personne passe un contrat, qu'elle y est partie, mais qu'elle en fait passer le bénéfice à autrui de telle façon que les deux actes, contrat et transfert postérieur, ne forment en réalité qu'un tout »⁶. Ce sont bien là, comme nous le

¹ Lerebours-Pigeonnière, op. cit., p. 5 et 17.

² Baudry-Lacantinerie et Wahl, Traité théorique et pratique de droit civil, XXIV, nos 880 et 881, p. 465 ss.

³ Cf. les auteurs cités à la note 4, page 27.

⁴ Josserand, Cours de droit civil positif français, II, n° 1432, p. 876 ss.

⁵ Flattet, op. cit., n° 146, p. 200 ; n° 147, p. 201.

⁶ Idem, n° 155, p. 215-216.

verrons dans la seconde partie de cette étude, les éléments caractéristiques de ce que les doctrines allemande et suisse nomment la représentation indirecte. Quant au « mandat sans représentation », M. Flattet le considère comme l'un des « procédés » de l'interposition réelle, notion plus générale¹ ; ce qui le différencie du mandat représentatif, « c'est le défaut de procuration conférant au mandataire le pouvoir d'agir directement sur le patrimoine du mandant »².

Dans une thèse consacrée au mandat sans représentation à l'exclusion du prête-nom, Camille Marty avait défendu une autre conception du mandat sans représentation qu'il opposait au prête-nom. Il qualifiait d'ailleurs le mandat sans représentation de « commission civile »³, bien qu'il s'agisse en fait toujours de la même institution qui suppose l'activité d'un intermédiaire sans pouvoir de représentation. Pour Marty, en effet, « la commission civile est un mandat non représentatif dans lequel la qualité du mandataire est connue du tiers »⁴ ; c'est par ce dernier élément qu'il la distingue du prête-nom, dont le tiers ignore la qualité de prête-nom⁵. Ainsi, commissionnaire civil et prête-nom contractent en leur propre nom et s'engagent personnellement avec les tiers, la qualité d'intermédiaire du premier étant connue du tiers, tandis que celle du second lui reste cachée.

Cette brève analyse de quelques-uns des ouvrages consacrés au problème qui nous occupe montre quelle imprécision règne encore en droit français, sinon sur la nature juridique, tout au moins sur la dénomination de ce que l'on appelle, en droit allemand, la représentation indirecte⁶, puisqu'on désigne cette institution par les termes de prête-nom, interposition réelle, mandat sans représentation, commission civile. Cette confusion est due au fait que pendant longtemps la notion précise de la représentation n'avait pas été dégagée et au silence absolu du code civil français sur ce point. La doctrine sentait néanmoins le besoin de préciser les caractères de l'opération accomplie par une personne en son propre nom pour le compte d'autrui. Ce ne fut pourtant que lentement que se dessina la théorie du prête-nom ou du mandat sans représentation. Cette institution semblait, en effet, suspecte à de nombreux auteurs qui n'hésitaient pas à l'assimiler à la simulation⁷ ou à la considérer

¹ Flattet, *op. cit.*, n° 146, p. 200 ; n° 153, p. 210.

² Idem, n° 166, p. 234.

³ Marty, Du mandat sans représentation à l'exclusion du prête-nom, p. 36.

⁴ Idem, p. 44.

⁵ Idem, p. 50.

⁶ Il faut reconnaître qu'en droit français cette locution n'a aucun sens, puisque représentation suppose par définition effets directs dans la personne du représenté et effacement du représentant. Voir dans ce sens, Marty, *op. cit.*, p. 35.

⁷ Popesco-Ramniceano, *op. cit.*, p. 254-255.

comme frauduleuse, parce qu'elle permet de cacher des opérations que la loi réprouve. Certes, comme le dit M. Flattet¹, l'agissement du mandataire en son propre nom paraît suspect, et le fractionnement de l'opération économique en deux actes juridiques distincts donne le sentiment d'une simulation. Pourtant la différence entre ces deux notions est nette : si dans la simulation il y a un acte fictif et un acte véritable, dans le mandat sans représentation les deux actes sont véritables et leurs effets s'additionnent pour aboutir au but désiré.

C'est ainsi que la doctrine française est parvenue à dégager la théorie du mandat sans représentation de celle de la simulation, à reconnaître son caractère non frauduleux et à déduire les conséquences juridiques propres de cette institution. A ce propos, l'ouvrage de M. Flattet nous semble marquer l'étape finale de cette évolution par l'exposé qu'il fait de la théorie de l'interposition réelle et du mandat sans représentation ; le chapitre qu'il a consacré à cette dernière matière² permet de conclure que la théorie française du mandat sans représentation est désormais fixée et a tendance à rejoindre celle de la représentation indirecte du droit suisse, telle que nous la développerons plus bas.

Le droit français connaît encore une autre catégorie de contrat pour le compte d'autrui, le contrat passé avec réserve de command ; il prend naissance lorsque l'une des parties se réserve la faculté de se substituer autrui dans le contrat³. M. Flattet constate qu'il s'agit là d'une institution spéciale, possédant ses propres règles et que l'on ne peut pas faire entrer dans les deux grandes catégories de contrats conclus pour le compte d'autrui qu'il a établies : contrats conclus avec une personne et s'exécutant avec une autre (dont le type est la représentation) et contrats conclus et exécutés par interposition de personnes (dont le type est l'interposition réelle). Il nous semble toutefois que le contrat passé avec réserve de command se rapproche plus d'un contrat conclu par interposition réelle que par représentation, car l'intermédiaire conclut toujours en s'obligeant d'abord personnellement, quitte à devenir ultérieurement un représentant au sens où la doctrine française entend ce terme. Mais il est certain qu'il s'agit là de cas spéciaux puisqu'il n'y a pas obligatoirement la présence d'un troisième personnage intéressé au contrat.

* * *

Examinons enfin quelle est la place accordée, en droit français, au contrat de commission. Il s'agit là d'un contrat de droit com-

¹ Flattet, op. cit., p. 232 ss.

² Idem, II^e partie, chapitre III, p. 232-247.

³ Idem, p. 281 ss., spécialement n^o 221, p. 296-297.

mercial (Code de commerce, art. 94 ss.). Or, si la doctrine¹ reconnaît que sont seuls commissionnaires « les commerçants qui font des opérations commerciales pour le compte d'autrui », l'article 94 du Code de commerce admet que le commissionnaire peut agir tant en son propre nom (alinéa 1) qu'au nom du commettant (alinéa 2). C'est donc bien le fait qu'il s'agit d'opérations commerciales qui caractérise le contrat de commission et qui fait de lui « une variété du mandat »², et non le fait que le commissionnaire agit en son propre nom.

* * *

Ainsi, la position du droit français au sujet du mandat sans représentation est claire : le code civil — comme d'ailleurs le code civil allemand — ne réglemente pas cette institution qu'il passe complètement sous silence³. La doctrine a par contre élaboré une théorie pour les cas dans lesquels un mandataire agit pour le compte d'autrui en son propre nom, c'est-à-dire sans détenir le pouvoir de représentation ; il est alors, selon les auteurs, prête-nom, mandataire sans représentation, commissionnaire civil. Les effets des actes juridiques conclus par cet intermédiaire sont toutefois analogues à ceux que créent, en droit allemand ou en droit suisse, les actes d'un représentant indirect.

§ 3. La représentation indirecte en droit italien

Le modèle du code civil italien du 25 juin 1865 fut le code civil français ; le problème de la représentation et du mandat se trouvait ainsi résolu d'une manière analogue dans les deux législations⁴, qui divergeaient toutefois sur certains points de détail. Cette réception du code Napoléon par le droit italien eut pour conséquence que la représentation ne fit l'objet d'aucune disposition spéciale différente du mandat traité dans le titre XI du troisième livre. Cependant, au contraire de l'article 1984 CCF qui, en définissant le mandat, mentionne le pouvoir de représentation (« Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom »), l'article 1737 CCI définit seulement le mandat sans parler du pouvoir de représenter (« Le mandat est un contrat par lequel

¹ Dalloz, Nouveau répertoire de droit, article : Commissionnaire, chiffres 1-3, p. 561.

² Dalloz, ibidem, ch. 2 ; dans le même sens, *Lyon Caen et Renault*, Traité de droit commercial, III, n° 413-414, p. 413 ss.

³ M. Flattet, op. cit., n° 54, p. 71, considère cependant qu'à propos de la gestion d'affaires l'art. 1375 CCF a consacré la différence entre le gérant qui agit au nom du maître ou en son propre nom ; ainsi le code ferait la distinction entre la représentation et la non représentation.

⁴ Huc, Le code civil italien et le code Napoléon, I, p. 287.

une personne s'oblige gratuitement ou moyennant un salaire, à faire une chose pour le compte d'une autre personne qui l'en a chargé »). Comme le fit remarquer Popesco-Ramniceano¹, c'était là une heureuse innovation qui permit par la suite d'adopter plus aisément la notion allemande de représentation.

Il faut également mentionner l'intéressante disposition de l'article 1744 CCI qui constituait une nouveauté par rapport au code Napoléon : « Lorsque le mandataire agit en son nom, le mandant n'a pas d'action contre ceux avec lesquels le mandataire a contracté, et ces derniers n'ont pas d'action contre le mandant. Dans ce cas, le mandataire est directement tenu envers la personne avec laquelle il a contracté, comme si l'affaire lui était personnelle ». Cette disposition est, à notre connaissance, la seule qui ait consacré, d'une manière incomplète il est vrai, le système de la représentation indirecte et ses effets juridiques principaux.

Le nouveau code civil italien, dans son livre des obligations entré en vigueur le 21 avril 1942, marqua un changement important par rapport au code civil de 1865. Sous l'influence de la doctrine allemande, les juristes italiens reconnurent en effet le caractère autonome de la représentation par rapport au mandat. Un chapitre spécial (art. 1387-1400) lui fut consacré dans la partie générale de ce livre des obligations. La doctrine admit qu'il y avait lieu de distinguer représentation directe et représentation indirecte ; cette dernière, on l'a vu, avait déjà été reconnue, sinon comme institution juridique autonome, du moins comme un cas spécial avec ses règles propres (art. 1744 du code civil de 1865).

C'est à l'occasion de la réglementation du mandat (art. 1703-1741) que le code civil italien introduisit des dispositions originales concernant la représentation indirecte. En effet, le législateur a fait la distinction entre le mandat avec représentation (art. 1704 CCI : « Si le pouvoir d'agir au nom du mandant a été confié au mandataire, on applique les dispositions du chapitre VI du titre II de ce livre ». Ce sont les articles 1387-1400 relatifs à la représentation.) et le mandat sans représentation², régi par les articles 1705, 1706, 1707 et 1715 :

¹ Popesco-Ramniceano, op. cit., p. 626.

² Le mandat sans représentation (*mandato senza rappresentanza*) est en effet le terme employé par la doctrine (cf. *Giovene*, in *Commentario* d'Amelio e Finzi, *Libro delle Obbligazioni*, Tome I, p. 552-553, lettre C). Il faut sans doute reconnaître dans cette expression une influence française ; mais si en droit français le terme de mandat sans représentation est logique puisque ce droit ne considère qu'il y a représentation que s'il y a création d'effets juridiques directs entre tiers et représenté, l'emploi de cette expression en droit italien semble peu logique, puisque la doctrine parle, à côté de représentation directe, de représentation indirecte : ainsi même dans le mandat sans représentation il y a bien une sorte de représentation qui entre en ligne de compte. L'expression de mandat exercé en nom propre serait préférable.

Art. 1705 : Mandat sans représentation. Le mandataire qui agit en son propre nom acquiert les droits et assume les obligations dérivant des actes passés avec les tiers, même si ceux-ci avaient connaissance du mandat.

Les tiers n'ont aucun rapport avec le mandant. Toutefois, le mandant, se substituant au mandataire, peut exercer les droits de créance dérivant de l'exécution du mandat, à moins que cela puisse préjudicier aux droits attribués au mandataire par les dispositions des articles qui suivent.

Art. 1706 : Acquisitions du mandataire. Le mandant peut revendiquer les choses mobilières acquises pour son compte par le mandataire qui a agi en son propre nom, sous réserve des droits acquis par les tiers par l'effet de la possession de bonne foi.

Si les choses acquises par le mandataire sont des biens immobiliers, ou des biens mobiliers inscrits dans des registres publics, le mandataire est obligé de les retransférer au mandant. En cas d'inexécution, on applique les règles relatives à l'exécution de l'obligation de contracter.

Art. 1707 : Créanciers du mandataire. Les créanciers du mandataire ne peuvent faire valoir leurs droits sur les biens qu'en exécution du mandat le mandataire a acquis en son propre nom pourvu que, relativement aux biens meubles ou aux créances, le mandat résulte d'un écrit ayant date certaine antérieure à la saisie, ou que, relativement aux immeubles ou aux meubles inscrits dans des registres publics, la transcription de l'acte de retransfert ou la demande en justice tendant à l'obtenir soit antérieure à la saisie.

Art. 1715 : Responsabilité pour les obligations du tiers. A défaut de pacte contraire, le mandataire qui agit en son propre nom ne répond pas à l'égard du mandant de l'inexécution des obligations assumées par les personnes avec lesquelles il a contracté, excepté dans le cas où l'insolvabilité de celles-ci lui était connue ou devait lui être connue au moment de la conclusion du contrat.

La valeur juridique de ces dispositions et leur signification profonde seront examinées dans le cours de cet ouvrage, lorsque nous aborderons l'étude en droit suisse d'une réglementation appropriée de la représentation indirecte *de lege ferenda*. Il suffisait, dans cette première partie consacrée au droit comparé, de relever dans ses grands traits les points principaux sur lesquels a porté l'évolution du droit civil italien.

DEUXIÈME PARTIE

La représentation indirecte

Dans la première partie de cette étude, nous avons montré comment les droits romain, allemand, français et italien ont résolu le problème des actes juridiques accomplis par un mandataire agissant en son propre nom pour le compte d'autrui et comment s'est développée, à côté de la représentation directe proprement dite, une autre espèce de représentation que les auteurs allemands ont appelée représentation indirecte.

Notre tâche consiste maintenant à examiner si la représentation indirecte est réellement une institution juridique ayant une existence propre¹, qui se différencie des autres institutions, telles que la représentation directe, les contrats en faveur d'autrui, ou si au contraire, comme l'ont soutenu entre autres Mitteis et Schlossmann, la représentation indirecte est une notion vide de sens, qui doit être rejetée du nombre des institutions juridiques.

Nous étudierons d'abord les conditions qui doivent être remplies pour qu'il y ait représentation indirecte, puis les différents rapports qui s'établissent entre les trois parties en présence. L'examen de ces diverses questions nous permettra de conclure à l'existence d'un véritable système de la représentation indirecte.

¹ Selon la définition de *Claude Du Pasquier*, Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit, p. 141, n° 160, une institution juridique est un ensemble typique de relations organisées par le droit. Par conséquent, la représentation indirecte ne peut être une institution juridique que dans la mesure où des règles spéciales la régissent.

SECTION I

Construction et système de la représentation indirecte

CHAPITRE I

La représentation indirecte

§ 1. Des différentes définitions de la représentation indirecte

La plupart des nombreux auteurs qui se sont intéressés au problème de la représentation ne se sont en général occupés que de la représentation dite directe ou immédiate. Cependant au cours de leurs études ils étaient fréquemment appelés à mentionner la représentation indirecte dont ils se servaient souvent pour faire mieux ressortir, *a contrario*, la notion de représentation directe. Aussi, dans les définitions qu'ils en ont données, ces auteurs ont souvent mis l'accent sur ce qui l'oppose à la représentation directe. Il est intéressant d'en citer quelques-unes d'auteurs allemands et suisses dans l'ordre chronologique des ouvrages dans lesquels elles sont contenues :

*Savigny*¹, 1853 : Deuxièmement, il peut se produire que le représentant doive négocier et conclure en son propre nom, de telle sorte que, à notre avis, seuls les effets ultérieurs du contrat passeront sur moi.

*Ihering*², 1880 : La représentation indirecte consiste dans le fait que le représentant (je le nomme remplaçant) conclut l'affaire en

¹ *Savigny*, op. cit., II, p. 61 : Es kann aber auch geschehen zweitens in der Art, dass der Stellvertreter in seinem eigenen Namen unterhandeln und abschliessen soll, so dass, unserer Absicht nach, erst die späteren Folgen des Vertrags auf mich übergehen sollen.

² *Ihering*, Jahrbuch für die Dogmatik, Neue Folge, Band VI, 1880, p. 25 : (Die mittelbare Stellvertretung) besteht darin, dass der Stellvertreter (ich nenne ihn Ersatzmann) das Geschäft auf eigenem Namen abschliesst, ganz als ob er es für sich bezweckt, so dass mithin die Zweckbeziehung desselben auf den Herrn, wenn sie immerhin dem Dritten auch bekannt, vielleicht ihm sogar mitgeteilt worden sein mag, doch für dessen Rechtsstellung juristisch gar nicht in Betracht kommen soll.

son propre nom, exactement comme s'il le faisait pour lui-même, de sorte qu'ainsi le rapport dans lequel il se trouve avec le maître, même s'il est connu du tiers ou lui a été communiqué, ne sera, du point de vue juridique, absolument pas pris en considération pour juger de la situation juridique du représentant.

*Schlossmann*¹, 1900 : Il y a représentation indirecte (tacite) lorsque le représentant conclut l'acte dans l'intérêt du représenté mais en son propre nom, « le fait reposer sur sa propre tête » (Windscheid), de sorte qu'il apparaît pour le tiers comme le seul ayant droit... Le fait qu'il a agi dans l'intérêt et pour le compte d'autrui n'est pas apparent dans l'acte lui-même, ni vis-à-vis des tiers.

*Müller-Erzbach*², 1905 : Il y a deux manières différentes d'intervenir juridiquement dans les affaires d'autrui. Ou bien, ces affaires sont traitées aux yeux des tiers par celui qui agit comme si c'était les siennes propres. Il agit alors en son propre nom... L'objet de notre étude est le premier cas dans lequel le fait qu'il y a à la base de l'affaire l'intérêt d'autrui n'apparaît pas ou n'apparaît qu'incidemment lors de la conclusion du contrat et n'est pas considéré comme l'un des points essentiels du contrat.

*Von Tuhr*³, 1918 : Le résultat juridique de la représentation peut être atteint de deux manières différentes : ... 2. de telle manière que l'acte juridique du représentant déploie ses effets d'abord dans

¹ *Schlossmann*, op. cit., I, p. 84 : Die sogenannte mittelbare (indirekte, stille) Vertretung vollzieht sich in der Weise, dass der Vertreter das Geschäft zwar im Interesse des Vertretenen, aber « im eigenen Namen » schliesst, es « auf seinen Kopf stellt » (Windscheid), so dass er nach aussen hin allein als der Beteiligte erscheint... Dass er im Interesse und für Rechnung eines anderen handelt, das kommt in dem Geschäft selbst und dem Dritten gegenüber nicht zum Ausdruck.

² *Müller-Erzbach*, op. cit., p. 5 : Der rechtsgeschäftlichen Wahrnehmung fremder Interessen sind zwei verschiedene Wege geöffnet : Entweder wird fremdes nach aussen als Eigenes behandelt. Der Handelnde tritt im eigenen Namen auf... Gegenstand unserer Untersuchung ist der erste Fall, bei dem der Umstand, dass ein fremdes Interesse zugrunde liegt, gar nicht oder nur beiläufig hervortritt und beim Vertragsschlusse nicht zum Bestandteile des Vertrages erhoben wird.

³ *Von Tuhr*, Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, II, 2, p. 333 : Das rechtliche Resultat der Vertretung kann auf zwei verschiedenen Wegen erreicht werden : ... 2. so, dass das Rechtsgeschäft des V (ertreters) seine Wirkungen zunächst in der Person des V entfaltet, dass aber gleichzeitig für V die Pflicht entsteht, was er aus dem Rechtsgeschäft erwirbt, an A (Vertretenen) weiterzugeben, und das Recht, die im Rechtsgeschäft übernommenen Pflichten auf A abzuwälzen.

Dans le même sens, *von Tuhr*, Partie générale du CO, I, p. 282 ; *Oser-Schönenberger*, Kommentar zum schweizerischen ZGB, Das Obligationenrecht, Vorb. ad Art. 32-40, n° 5, p. 216-217 ; *Funk*, Commentaire du CO, ad art. 32, p. 28.

la personne du représentant, mais qu'en même temps le représentant soit obligé de transférer au représenté ce qu'il a acquis au moyen de l'acte juridique et ait également le droit de se décharger sur lui des obligations contractées par cet acte.

*Pestalozzi*¹, 1927 : Il y a représentation indirecte lorsque quelqu'un conclut un acte juridique en son propre nom pour le compte d'autrui.

*Schless*², 1931 : Le représentant indirect est celui qui agit en son propre nom pour le compte d'autrui.

*Guhl*³, 1947 : La représentation indirecte se rencontre si aucune des conditions énumérées sous a) (représentation directe) n'est remplie (CO art. 32 III). B (représentant) et X (tiers) sont pour le moment en présence l'un de l'autre, la représentation provisoirement n'a pas atteint son but : le contrat naît entre B et X.

Il nous a paru utile de citer ces définitions, car elles permettent de dégager les caractères essentiels de la représentation indirecte. En les analysant, l'on constate que pour la plupart des auteurs, le point caractéristique est que le représentant conclut l'affaire *en son propre nom*. Ainsi, à l'égard des tiers, il sera apparemment le seul intéressé au contrat qu'il conclut, il traitera cette affaire exactement comme s'il s'agissait de l'une des siennes.

D'autre part, plusieurs de ces définitions précisent qu'il doit exister un rapport juridique entre le représentant et celui qu'il représente, rapport en vertu duquel le premier conclut l'acte juridique *dans l'intérêt ou pour le compte* du second. C'est ce rapport juridique qui justifie l'acte du représentant. Le tiers contractant doit-il connaître l'intention d'agir dans l'intérêt d'autrui ? Ihering et Müller-Erzbach admettent que la chose est juridiquement sans importance pour le tiers.

Remarquons encore que ces définitions ne précisent pas quel genre de rapport juridique unit le représentant au représenté ; elles n'exigent pas non plus qu'un tel rapport existe déjà au moment où agit le représentant. Celui-ci peut donc agir soit parce qu'il en a été chargé par le représenté, soit parce qu'il en prend l'initiative en comptant sur l'approbation de celui dont il gère les affaires (gestion d'affaires). Ces deux formes sont en général englobées dans une même définition.

¹ *Pestalozzi*, op. cit., p. 39 : Indirekte Stellvertretung liegt vor, wenn jemand ein Rechtsgeschäft für fremde Rechnung im eigenen Namen abschliesst.

² *Schless*, op. cit., p. 14 : Mittelbarer Stellvertreter ist, wer im eigenen Namen für fremde Rechnung handelt.

³ *Guhl*, Le droit fédéral des obligations, p. 113 (modifié par nous).

Cependant von Tuhr et les auteurs qui se sont inspirés de lui ajoutent, dans leurs définitions, une précision aux deux conditions que nous venons d'énumérer. Considérant plus particulièrement les effets du contrat conclu entre le représentant et le tiers, ils soulignent l'obligation imposée au représentant de transférer au représenté les droits qu'il a acquis en vertu de ce contrat, et son droit à se décharger sur lui des obligations que le contrat lui impose. Cette manière de considérer le problème implique, s'il n'y a pas de gestion d'affaires, l'existence, préalablement à l'acte du représentant, d'une convention entre lui et le représenté.

Ainsi deux conditions sont en général exigées pour qu'il y ait représentation indirecte : que le représentant agisse en son propre nom et pour le compte du représenté. Examinons-les successivement.

§ 2. La conclusion du contrat par le représentant en son propre nom

L'analyse de cette première condition de la représentation indirecte semble à première vue pouvoir être réduite à fort peu de chose ; il sera toutefois nécessaire de préciser plusieurs points.

Conclure en son propre nom est une action juridique que tout sujet de droit accomplit plusieurs fois par jour ; elle relève des principes généraux relatifs à la conclusion des contrats.

Puisqu'il agit en son propre nom, le représentant indirect doit posséder la capacité juridique, donc être majeur et capable de discernement ; un mineur ou un interdit capables de discernement ne peut être représentant indirect que s'il possède le consentement de son représentant légal (CCS art. 19) ; il y a sur ce point une différence d'avec la représentation directe dans laquelle une telle personne peut, sans le consentement de son représentant légal, jouer le rôle de représentant direct (qui, lui, ne s'oblige pas personnellement¹). Une personne morale peut également agir comme représentant indirect².

Agir en son propre nom implique que celui qui agit possède le pouvoir de disposer sur les choses qu'il aliène. Il faut donc que le représentant indirect soit en possession des choses mobilières ou des titres au porteur qui appartiennent au représenté s'il doit les aliéner ou en disposer d'une autre manière pour le compte de ce dernier. Qu'en est-il des biens immobiliers ou des créances ordinaires individualisées au nom du créancier ? Von Tuhr³ indique que dans ces cas l'acte de disposition ne peut dans la règle être opéré que par le sujet lui-même ou en son nom. Ainsi il ne peut

¹ Von Tuhr, CO. I, p. 314.

² Schless, op. cit., p. 21.

³ Von Tuhr, ibidem, I, p. 192. Nous ne partageons pas son avis ; cf. ci-dessous, p. 127.

y avoir représentation indirecte si le représenté désire aliéner des biens immobiliers ou des créances à moins qu'il n'ait préalablement transféré l'immeuble ou cédé la créance au représentant. Par contre, l'acquisition de tels biens ou de telles créances par un représentant indirect est licite et n'offre pas de difficultés : il en deviendra lui-même propriétaire en vertu de l'acte d'acquisition passé avec le tiers et en transférera ensuite la propriété au représenté.

* * *

Certains auteurs ont pensé que l'on ne pouvait expliquer la notion : agir en son propre nom qu'en partant de la notion contraire : agir au nom d'autrui, qui est la caractéristique de la représentation directe. Ils estiment qu'un représentant ne peut agir en son propre nom que s'il n'agit pas au nom d'autrui. À notre avis, cette façon de penser est erronée, car elle est la conséquence d'une fausse conception des choses. Si l'on suivait leur raisonnement, il n'y aurait qu'une seule manière d'agir pour autrui : la représentation directe ; toutefois dans les cas où l'on ne pourrait l'employer, il serait possible de recourir à la représentation indirecte. Nous ne pouvons partager cette manière de voir ; selon nous, représentation directe et représentation indirecte sont deux moyens différents, mais de valeur égale, qui peuvent être utilisés pour parvenir à un but identique ; le recours à l'un plutôt qu'à l'autre est fonction des circonstances et des motifs qu'a le représenté de préférer selon les cas l'un à l'autre. Il n'y a donc aucune raison de déclarer la représentation directe plus importante que la représentation indirecte ou d'expliquer la seconde par le contraire de la première.

Cette tendance de privilégier en quelque sorte la représentation directe au détriment de l'indirecte est particulièrement marquée en ce qui concerne l'examen de la question de la conclusion du contrat au nom d'autrui ou en son propre nom. Chose curieuse, on la retrouve même chez deux auteurs qui se sont consacrés plus spécialement à l'étude de la représentation indirecte.

Pestalozzi s'exprime de la manière suivante¹ : « Le second caractère distinctif de la représentation indirecte est la conclusion en son propre nom, ou mieux « pas au nom d'autrui ». Pour pouvoir déterminer cette condition négative, « agir-pas-au-nom-d'autrui », nous devons d'abord saisir la notion positive, agir au nom d'autrui, condition de la représentation directe. » On ne peut être plus explicite, ni dire mieux que la représentation indirecte ne peut être définie et expliquée que par la représentation directe. Un tel rai-

¹ Pestalozzi, op. cit., § 9, p. 44-45 : Das zweite Merkmal der indirekten Stellvertretung ist der Abschluss im eigenen oder besser « nicht in fremdem Namen ». Um das negative Merkmal, das Nicht-in-fremdem-Namen-Handeln feststellen zu können, müssen wir zuerst den positiven Begriff, das Handeln in fremdem Namen, als Merkmal der direkten Stellvertretung erfassen.

sonnement nous paraît compliquer inutilement une question extrêmement simple. Chacun comprend ce que veut dire agir en son propre nom, ce qui d'ailleurs est la règle générale dans les affaires ; il y a présomption que celui qui accomplit un acte juridique le fait pour lui, et en son propre nom. C'est bien plutôt le fait d'agir au nom d'autrui qui est l'exception et qui doit être spécialement mentionné et prévu par la loi parce qu'il constitue une dérogation au principe général selon lequel celui qui accomplit un acte juridique s'oblige personnellement.

Il faut d'ailleurs remarquer qu'en poursuivant son raisonnement Pestalozzi aboutit — nécessairement — au même résultat que nous. En effet, après avoir examiné la situation en droit romain et remarqué qu'en droit allemand l'expression « agir pour autrui » avait une valeur juridique¹, il constate que « agir au nom de » est l'équivalent de l'expression de l'article 32 al. 2 CO : « se faire connaître comme représentant ». Et il doit finalement admettre que : « le droit considère la conclusion d'un contrat pour soi-même comme la règle, la conclusion d'un contrat en qualité de représentant, comme l'exception. Il en résulte que celui qui conclut avec un autre fonde la présomption d'avoir agi en son propre nom, à moins de prouver le contraire »². Il n'est pas nécessaire de souligner combien ce raisonnement est illogique et dénué de toute valeur puisqu'il prend pour base une notion compliquée (l'acte accompli au nom d'autrui) pour arriver à expliquer une notion simple (l'acte accompli en son propre nom) !

Schless, lui, se pose également la question de savoir ce que signifie agir au nom d'autrui ou agir en son propre nom³. Il examine attentivement la première notion et en conclut qu'« agit au nom d'autrui celui qui exprime lui-même une déclaration de volonté mais fait savoir cependant qu'elle ne doit pas être considérée comme une déclaration personnelle, mais comme celle d'un tiers »⁴. Et Schless de s'en tenir là, sans plus préciser ce qu'il entend par agir en son propre nom — chose curieuse dans une étude consacrée à la représentation indirecte, et plus curieuse encore si l'on considère que la notion d'agir en son propre nom est l'un des deux éléments essentiels de la définition qu'il a donnée de cette institution. Il faut

¹ Cette valeur juridique a été niée par *Schlossmann*, op. cit., I, p. 115.

² *Pestalozzi*, op. cit., p. 48 : Das Recht betrachtet den Abschluss für sich selbst als Regel, den Abschluss als Stellvertreter als Ausnahme. Daraus ergibt sich, dass wer mit einem andern abschliesst, die Vermutung begründet, im eigenen Namen gehandelt zu haben, wenn er nicht das Gegenteil beweist.

³ *Schless*, op. cit., § 2, p. 5.

⁴ *Idem*, p. 6 : In fremdem Namen handelt aber dann derjenige, der zwar selbst eine Erklärung abgibt, dabei jedoch zum Ausdruck bringt, dass sie nicht als seine, sondern als Erklärung eines anderen gelten, dass sie einem anderen zugerechnet werden solle.

admettre que, pour cet auteur aussi, agir en son propre nom est l'opposé d'agir au nom d'autrui.

* * *

Le représentant indirect qui agit en son propre nom est, comme nous venons de le dire, censé accomplir un acte juridique pour lui-même ; il manifeste ainsi la volonté d'être personnellement engagé, de devenir lui-même titulaire des droits et des obligations qui découleront du contrat qu'il conclut¹. Ainsi, à l'égard des tiers, il ne passe pas pour un représentant direct.

Qu'en est-il alors des cas dans lesquels celui qui contracte avec lui peut inférer des circonstances ou sait que son cocontractant est le représentant d'une autre personne ? En d'autres termes, peut-il y avoir représentation indirecte lorsque le tiers a l'impression ou sait que son cocontractant possède la qualité de représentant ? N'y aurait-il pas plutôt lieu, dans ces cas, d'admettre que l'on se trouve devant une situation analogue à celle de la représentation directe et de reconnaître des effets directs en faveur du représenté ?

On peut imaginer plusieurs éventualités :

a) ou bien le tiers déduit des circonstances que l'affaire conclue ne concerne pas le seul contractant ;

b) ou bien le tiers a appris que son partenaire agissait comme représentant d'une autre personne ;

c) ou bien le représentant a communiqué au tiers qu'il agit pour le compte d'une autre personne ;

d) ou bien encore le représentant indique au tiers le nom de la personne pour le compte de laquelle il agit.

Il importe de souligner que, dans tous ces cas, le représentant agit en son propre nom et ne se présente pas au tiers comme un représentant direct ; il agit comme il agirait uniquement pour lui-même ou il fait savoir au tiers qu'il entend être lui-même partie au contrat dont les effets devront l'atteindre personnellement, lui représentant. Ce sont donc bien des cas de représentation indirecte, mais dans lesquels le tiers sait qu'une personne autre que son cocontractant (c'est-à-dire le représenté), personne dont il connaît ou non l'identité, sera en dernier ressort le bénéficiaire des effets issus du contrat conclu avec le représentant.

Ces cas, qui semblent tenir en même temps de la représentation indirecte (parce que le représentant manifeste la volonté d'agir en son propre nom) et de la représentation directe (parce que le tiers sait que l'affaire concerne les intérêts d'une autre personne), Pestalozzi a pensé pouvoir les résoudre en analysant divers auteurs

¹ Il découle de cela qu'agir « au nom d'un tiers », c'est agir avec la volonté et l'intention de provoquer des effets de droit non pour soi-même, mais pour un tiers ; cf. dans ce sens de Saussure, *L'acte juridique fait sans pouvoir de représentation*, p. 47.

allemands¹. On peut toutefois lui adresser le reproche de n'avoir considéré que des cas dans lesquels un représentant agit au nom d'une personne plus ou moins déterminée ou dans lesquels les circonstances permettent de conclure à un rapport de représentation directe. Nous ne pouvons donc pas nous contenter de cette analyse puisque nous supposons réalisée l'hypothèse dans laquelle le représentant agit en son propre nom.

Les difficultés qui se sont présentées pour les auteurs allemands trouvent leur source dans le § 164 alinéa 2 BGB ainsi conçu : « Si la volonté d'agir au nom d'autrui ne se laisse pas clairement reconnaître, il n'y a pas à prendre en considération le fait que l'on n'avait pas la volonté d'agir en son propre nom » (Tritt der Wille, in fremdem Namen zu handeln nicht erkennbar hervor, so kommt der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, nicht in Betracht).

Le code civil allemand, n'ayant pas réglementé la représentation indirecte, devait préciser quelle est la situation juridique dans les nombreux cas où la volonté d'agir au nom du représenté n'est pas clairement reconnaissable pour le tiers. Que se passe-t-il dans ces cas ? Faut-il présumer que le représentant agit alors en son propre nom ? (solution adoptée par le code civil suisse, CO art. 32 al. 3.)

En droit allemand, la question fut fort controversée. Certains auteurs², en particulier Dernburg, Planck, interprètent restrictivement la disposition en question et estiment qu'il faut considérer le représentant comme seul créancier et débiteur si sa volonté d'agir au nom d'autrui ne se laisse pas clairement reconnaître. D'autres, parmi lesquels Eck, estiment qu'il y a toujours représentation directe au point de vue interne entre représentant et représenté, de sorte que le premier ne devient pas créancier ni débiteur du tiers. D'autres enfin, tels Cosack et Rümelin, examinent dans chaque cas s'il est indifférent au tiers de conclure avec son cocontractant ou avec la personne que celui-ci représente ; ils admettent dans ces cas d'« animus incertus » du tiers la création d'un rapport juridique direct entre celui-ci et le représenté³. La doctrine la plus récente penche pour une interprétation restrictive du § 164 al. 2, c'est-à-dire qu'elle considère que le représentant qui avait l'intention de conclure au nom du représenté, mais n'a pas manifesté cette intention, est lié par le contrat ; il ne sera pas admis à attaquer l'acte en raison de son erreur en alléguant qu'il ne voulait pas agir en son propre nom⁴.

¹ Pestalozzi, op. cit., p. 53-57.

² Sur ces diverses théories, voir Pestalozzi, ibidem, p. 54-55.

³ Rümelin, op. cit., p. 218 ss., particulièrement p. 227.

⁴ Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, ad § 164, n° 4, p. 143.

Selon Pestalozzi¹, le droit suisse a adopté la théorie de Rümelin comme le prouve le texte de l'article 32 al. 2 *in fine* CO : « Lorsqu'au moment de la conclusion du contrat le représentant ne s'est pas fait connaître comme tel, le représenté ne devient directement créancier ou débiteur que si celui avec lequel il contracte devait inférer des circonstances qu'il existait un rapport de représentation, ou s'il lui était indifférent de traiter avec l'un ou l'autre ». (Il faut cependant que le représentant prouve qu'il avait l'intention d'agir pour le représenté².) Pestalozzi en conclut que le législateur suisse a ainsi élargi le champ d'application de la représentation directe. Si par contre il n'y a pas « *animus incertus* » chez le tiers, c'est-à-dire s'il ne lui est pas indifférent de traiter avec le représenté, il y aura alors représentation indirecte, article 32 al. 3 CO : « Dans les autres cas, une cession de la créance ou une reprise de la dette est nécessaire en conformité des principes qui régissent ces actes »³.

A notre avis Pestalozzi n'a envisagé que la moitié du problème en ne s'attachant qu'aux cas limites de représentation directe et en ne prenant pas en considération ceux que nous avons énumérés plus haut sous lettre a) à d), cas qu'il n'a d'ailleurs pas mentionnés.

Leur solution ne présente pourtant pas de difficultés. Dans tous les cas, le représentant conclut en son propre nom et devient par conséquent seul créancier et débiteur ; le tiers n'est lié qu'à son seul partenaire et ne peut rechercher les représentés éventuels ; dans les cas a) et b), s'il a appris ou déduit des circonstances que son partenaire est un représentant, en vertu de quel droit pourrait-il s'adresser au représenté ? Il ne connaît pas son identité ni, éventuellement, le nombre des représentés ; il est d'autre part de son avantage d'avoir comme seul cocontractant une personne qu'il connaît et en considération de laquelle il conclut. Il doit d'ailleurs tenir

¹ Pestalozzi, op. cit., p. 56 : cf. Becker, Kommentar zum ZGB, Obligationenrecht, ad. Art. 32, nos 8-9, p. 171-172.

² Becker, ibidem, n° 9.

³ On pourrait penser à première vue que le législateur suisse a commis le même parallogisme que celui que nous avons dénoncé chez Pestalozzi, en considérant que celui qui n'agit pas au nom de quelqu'un agit en son propre nom. Or, en examinant le texte de l'art. 32 al. 2, on s'aperçoit que tel n'est pas le cas. L'alinéa 1 pose l'exception au principe général de la personnalité des obligations : si quelqu'un agit au nom d'autrui, les effets de l'acte passent au représenté. L'alinéa 2 prévoit des cas spéciaux : si le représentant ne s'est pas fait connaître comme tel (l'action en son propre nom est donc présumée), il n'y aura effets directs que si le rapport de représentation peut être déduit des circonstances ou en cas d'« *animus incertus* » du tiers. L'alinéa 3 serait par contre une concession au raisonnement que nous avons attaqué : s'il n'y a pas représentation directe, il y a représentation indirecte. Nous montrerons dans la troisième partie de cette étude que cet alinéa est superflu dans la systématique de la représentation.

compte de la volonté manifestée par le représentant d'intervenir lui-même comme cocontractant.

Dans les cas c) et d), légèrement différents puisque le cocontractant a fait savoir qu'il agissait en qualité de représentant d'une personne déterminée ou non, il n'y a pourtant pas de raison de rechercher une autre solution. Du moment que le représentant déclare agir en son propre nom, par conséquent vouloir être à l'égard du tiers seul créancier et seul débiteur, le tiers n'a pas à se préoccuper des personnes représentées qui sont étrangères à l'acte envisagé. Ici encore il est de son intérêt de traiter avec la personne qui est en face de lui et avec laquelle il est libre de conclure ou de refuser de conclure s'il a des doutes sur sa solvabilité. Le législateur ne lui reconnaît d'ailleurs pas le droit de rechercher le représenté¹.

On pourrait être tenté de confondre l'éventualité envisagée sous lettre c) (cas du représenté qui a communiqué au tiers qu'il agit pour le compte d'une autre personne) avec le cas connu dans la doctrine sous le nom de « contrat conclu pour le compte de celui que cela concerne »². Dans un arrêt de principe, le Tribunal fédéral a précisé cette notion³ : « Il y a, dit-il dans son considérant 3, acte pour le compte de celui que cela concerne lorsque, au moment de la conclusion du contrat, un des contractants est une tierce personne agissant pour le compte d'un représenté qui n'est pas encore déterminé objectivement ou qui, tout au moins, n'est pas indiqué à l'autre partie. L'exemple principal est le cas de celui qui achète une chose et se réserve de désigner l'acheteur. Comme le pseudo-acheteur fait connaître à son contractant son intention de ne pas conclure pour lui-même, il s'agit d'une espèce particulière de représentation directe ». C'est par ce dernier point (le représentant agit au nom d'un tiers) que le contrat conclu pour un nommable se distingue de l'éventualité que nous envisageons, dans laquelle

¹ *Ihering* avait déjà précisé ce point dans sa définition de la représentation indirecte citée plus haut, p. 39.

² « Handeln für den, den es angeht » ; cf. *Oser-Schönenberger*, op. cit., ad Art. 32, nos 9-10, p. 227-228 ; *Becker*, op. cit., ad Art. 32, n° 12, p. 172.

On parle également dans la doctrine de langue française de « acte pour un nommable ». Cette seconde expression paraît préférable, car il s'agit en réalité d'un cas de représentation directe : lorsque l'intéressé aura été désigné, c'est lui qui deviendra le contractant du tiers, et non pas le représentant. C'est donc un acte accompli au nom d'une personne provisoirement indéterminée, dont le nom sera révélé par la suite, et non pas un acte seulement fait pour le compte d'un tiers : nous verrons plus loin que cette condition est l'un des éléments de la représentation indirecte (alors que l'acte pour un nommable est une catégorie spéciale de représentation directe). La première expression est donc inexacte et trompeuse.

En France, on parle d'« acte pour le compte de qui il appartiendra » (*Planiol et Ripert*, op. cit., n° 61, p. 66-67).

³ RO 60 II 492 = JdT 1935 I 397 ; voir également SJ 1955, p. 193.

le représentant agit en son propre nom, bien qu'il communique au tiers sa qualité de représentant. Il est intéressant de relever que la cause soumise à l'appréciation du Tribunal fédéral correspond précisément, selon lui, à cette éventualité : la banque X avait ouvert un crédit de plusieurs millions de francs à une société financière Y ; pour ce faire, elle avait dû offrir des participations à plusieurs autres banques ; le préambule du contrat de prêt avait été rédigé de telle manière qu'il apparaissait que la banque X accordait un prêt à la société Y « au nom d'un groupe de banques ». Après la suspension par la banque X de ses paiements, les autres banques réclamèrent à la société Y le paiement des intérêts échus. Le Tribunal fédéral les débouta pour deux raisons : d'abord parce qu'il nia la validité du contrat pour un nommable vu l'indétermination permanente des banques représentées ; en second lieu, parce que, malgré l'emploi de l'expression « au nom d'un groupe de banques », les parties avaient envisagé que seule était cocontractante la banque X qui avait agi, ainsi que cela ressortait des circonstances, en son propre nom et pour le compte des banques. Cette solution est intéressante en ce sens que le Tribunal fédéral a recherché — et cette manière de faire est exacte à notre avis — la volonté réelle des parties et a ainsi pu dégager la notion de l'acte conclu en son propre nom pour le compte d'une personne indéterminée.

L'hypothèse d) exige, elle aussi, une explication complémentaire. Il s'agit du cas où le représentant qui agit en son propre nom indique au tiers le nom de la personne pour le compte de laquelle il agit. On pourrait être tenté de voir dans ce cas une application de la représentation directe et certains auteurs n'hésitent pas à admettre des effets directs entre le tiers et le représenté¹. Le professeur Guhl en particulier dit que « la loi et la jurisprudence admettent l'existence d'une telle représentation directe même en l'absence de ces conditions (se présenter comme représentant et indiquer le nom de son commettant) aussitôt que le tiers a pu induire des circonstances qu'un rapport de représentation ou qu'une procuration existait en faveur de B (représentant) (RO 62 II 151 = JdT 1937 I 14 ; voir aussi RO 60 II 492 = JdT 1935 I 397 sur « l'acte pour le compte de celui que cela concerne »). De même, s'il était indifférent au tiers de se lier avec A, B ou un autre sujet de droit (art. 32 al. 2). Grâce au premier de ces principes, il arrive en matière de commission (art. 425 CO) que l'opération soit conclue directement entre A et X, bien que le commissionnaire traite en son nom, s'il agit bien pour le compte d'autrui. On devra en tout cas l'admettre, lorsque

¹ Il est intéressant de remarquer que, ici encore, *Ihering* avait adopté la solution contraire (*Mitwirkung*, p. 331) ; cf. aussi *Grünhut*, *Das Recht des Commissionshandels*, p. 326.

le tiers n'ignore pas en faveur de qui le commissionnaire achète ou vend une marchandise »¹.

Le professeur Guhl admet donc qu'il peut y avoir représentation directe, alors même que le représentant, en particulier le commissionnaire, agit en son propre nom. A notre avis, cette affirmation est trop absolue, en ce sens qu'elle fait fi de la volonté des parties ; le représentant, conformément au rapport interne qui le lie au représenté, peut avoir expressément manifesté vis-à-vis des tiers la volonté d'agir en son propre nom, d'être personnellement engagé. Il n'y a donc aucun motif pour reconnaître des effets directs entre le représenté et le tiers, en donnant ainsi à ce dernier le pouvoir de s'immiscer dans les rapports des parties. Le tiers est suffisamment protégé puisqu'il a en face de lui un partenaire avec lequel il est entièrement libre de traiter s'il a confiance en lui. Certes, si le représentant indique le nom de son mandant, cette déclaration peut être comprise par le tiers comme signifiant que le représentant agit au nom du représenté ; dans ce cas, suivant le principe de la confiance, il y aurait représentation directe, si le tiers l'a interprétée ainsi de bonne foi. Mais l'indication du nom du mandant peut fort bien n'être donnée au tiers que comme une précision, le représentant manifestant par ailleurs son intention d'être lui-même obligé (par exemple le représentant achète au tiers une machine qui doit être livrée chez le représenté, alors que la facture doit être établie au nom du représentant qui paiera lui-même le prix).

Nous nous rallions ainsi entièrement à l'opinion de Oser-Schönenberger² : « Il ne suffit pas de nommer le mandant pour pouvoir conclure à l'existence d'un rapport de représentation (directe). Mentionner que l'on agit « pour le compte » d'une personne déterminée n'est pas, dans les usages commerciaux, l'équivalent d'agir « au nom » de cette personne. La désignation du mandant n'a souvent pas d'autre signification que d'indiquer le motif pour lequel un commissionnaire a été désigné pour conclure l'affaire envisagée »³. Et plus loin, ils ajoutent⁴ : « Entre commettant et tiers aucun lien de droit ne prend naissance, même si le rapport de commission était connu du tiers ».

* * *

Ce que nous venons de dire de cette première condition de la représentation indirecte peut être résumé ainsi : Si deux personnes ont convenu que l'une devait agir comme représentant indirect,

¹ Guhl, op. cit., p. 112.

² Oser-Schönenberger, op. cit., ad Art. 425, n° 6, p. 1566.

³ Des confusions cependant sont fréquentes dans la pratique. Même les théoriciens ne font pas toujours la différence, ainsi que nous venons de le voir en ce qui concerne l'acte fait « pour le compte de qui il appartiendra ».

⁴ Oser-Schönenberger, op. cit., ad Art. 425, n° 15, p. 1569. Dans le même sens, Funk, op. cit., ad art. 425, n° 1, p. 258 ; von Tuhr, CO, I, p. 311 ; SJ 1952, p. 11.

celle-ci doit conclure un acte juridique avec un tiers en son propre nom, conformément aux principes généraux. La connaissance par ce tiers du rapport de représentation existant entre elles reste sans influence sur le contrat qui ne sera conclu qu'entre le tiers et le représentant (à moins que le tiers n'ait de bonne foi considéré que l'indication par le représentant du nom du représenté signifiait que le premier agissait au nom du second). La théorie de l'autonomie de la volonté exige qu'il en soit ainsi et que le tiers ne puisse intervenir dans le rapport juridique qui lie le représentant au représenté.

§ 3. La conclusion du contrat par le représentant pour le compte d'autrui

Pour la doctrine, c'est la seconde condition de la représentation indirecte. Elle donne son sens à l'acte accompli par le représentant, qui, lorsqu'il a conclu l'affaire en son propre nom, ne l'a pas fait dans son intérêt, mais dans l'intérêt d'autrui, pour le compte du représenté. Si cette intention n'existait pas, il n'y aurait qu'une affaire personnelle du représentant ne déployant aucun effet pour un tiers ; il n'y aurait pas représentation d'une autre personne.

Conclure pour le compte d'autrui, c'est, pour le représentant, vouloir que les effets juridiques de l'affaire qu'il a conclue concernent autrui¹, c'est-à-dire que les droits que fait naître le contrat qu'il passe avec le tiers et les obligations qu'il assume par ce contrat soient cédés, respectivement reprises, par la personne pour le compte de laquelle lui, représentant, il agit ; c'est vouloir que le représenté soit obligé de reprendre les profits et les charges du contrat conclu avec le tiers. L'action du représentant est, par conséquent, fonction du rapport juridique qui le lie au représenté, ou bien elle engendrera les effets de la gestion d'affaires.

Il y a donc chez le représentant la volonté de ne pas conserver pour lui-même le bénéfice du contrat ; il désire que les effets de ce contrat soient transférés dans le patrimoine du représenté qui s'est engagé à accepter ce transfert en vertu du contrat établi entre eux, ou qui sera obligé par les règles de la gestion d'affaires. Le représentant veut et désire que son rôle ne soit que celui d'un intermédiaire dont le patrimoine sert en quelque sorte de relais entre les patrimoines des deux autres sujets de droit intéressés.

¹ Il convient d'insister sur le caractère juridique de l'intervention du représentant pour autrui, car il est nécessaire de bien délimiter la notion d'agir pour le compte d'autrui ; il ne suffit en effet pas qu'un tiers bénéficie de l'affaire par le jeu des circonstances économiques. Cf. à ce sujet *Flattet*, op. cit., p. 8-9, nos 10 et 11 : « Les contrats pour le compte d'autrui doivent procurer à autrui un bénéfice de nature juridique et non seulement matériel, donc un droit qu'il convient de préciser ».

Cette volonté de conclure pour le compte d'autrui est, le plus souvent, ignorée du tiers contractant ; elle n'a pas à lui être communiquée, car elle n'est pas l'un des éléments essentiels du contrat puisque le représentant se présente au tiers comme agissant en son propre nom.

* * *

Schlossmann et Müller-Erzbach, dans les définitions qu'ils ont données de la définition indirecte, définitions rappelées ci-dessus, estimaient, le premier, que le représentant doit agir en son nom dans l'intérêt et pour le compte du représenté, le second, qu'à la base de cette sorte de représentation, il y a l'intérêt d'autrui. Pestalozzi et Schless, dans leurs définitions également, exigent que le représentant agisse pour le compte d'autrui. Une question doit dès lors être résolue : agir dans l'intérêt ou agir pour le compte d'autrui sont-elles des expressions synonymes, exprimant une même idée, ou bien faut-il préférer l'une à l'autre ?

Agir dans l'intérêt de quelqu'un est une expression qui peut recouvrir de nombreuses acceptions ; ce que l'on considère comme étant de l'intérêt d'une personne peut avoir trait aussi bien à sa situation sociale, morale, qu'à sa situation financière. Cette expression a un sens large : ce qui peut être fait en faveur d'une personne (par exemple : faire valoir les titres et les qualités d'un ami auprès d'une personnalité influente¹) et un sens étroit : avantage d'ordre pécuniaire procuré à autrui (par exemple : acheter pour autrui un objet que l'on peut soi-même acquérir à meilleur marché parce que l'on bénéficie d'un rabais auprès d'un vendeur). Mais, même pris dans un sens étroit, intérêt peut être entendu de deux manières : ou bien un avantage pécuniaire immédiat, ou bien un avantage d'ordre matériel à plus ou moins longue échéance (par exemple : achat d'un objet qui, dans un certain laps de temps, prendra de la valeur et pourra être revendu plus tard avec bénéfice).

Agir pour le compte de quelqu'un a une signification plus précise ; le mot « compte » laisse en effet entendre que l'acte accompli aura une incidence sur les intérêts matériels d'autrui ; cette expression met d'emblée l'accent sur les conséquences patrimoniales que l'opération conclue par le représentant aura sur le patrimoine du représenté. Entre ces deux personnes aura lieu une reddition de comptes.

Que faut-il penser de ces expressions du point de vue juridique ? L'une et l'autre peuvent-elles être utilisées pour qualifier la représentation indirecte ?

¹ Cf. également l'expression : défendre les intérêts de quelqu'un. L'emploi du pluriel met l'accent sur l'ensemble de ce qui touche à la personnalité de l'individu.

S'il est exact qu'un représentant indirect agit bien dans l'intérêt, au sens pécuniaire, de la personne qu'il représente, cela est également vrai du représentant direct. L'un et l'autre interviennent dans l'intérêt du représenté, et c'est précisément pour cette raison que celui-ci a décidé de recourir à leurs services. Nous estimons donc avec Schless¹ que la mention de l'intérêt du représenté dans la définition de la représentation indirecte est superflue, parce que nécessairement sous-entendue. Il n'y a point de représentation si le représenté n'a aucun intérêt à l'affaire.

On parvient ainsi à la conclusion que, dans la représentation indirecte, le représentant agit pour le compte du représenté². C'est en effet l'élément caractéristique de ce cas. Quelle est la signification juridique des termes : agir pour le compte de quelqu'un ?

Plusieurs auteurs ont essayé de préciser cette notion. Schless³ a manifesté son désaccord avec les solutions de divers auteurs et s'est rallié à celle de Nussbaum qui dit ce qui suit⁴ : « La notion de « compte d'autrui » repose sur l'idée que le commerçant qui agit pour autrui établit « une note » (« un compte ») dans laquelle il comptabilise tous les postes actifs et passifs qui résultent de cette affaire, de sorte que le solde fasse ressortir un avoir ou une dette pour celui qui agit ». Schless modifie toutefois légèrement cette opinion en précisant que ce n'est pas seulement « le résultat de l'ensemble des actes accomplis » (*das Gesamtergebnis der Handlungen*) qui est porté au crédit ou au débit du représenté, mais « le résultat de chaque acte en particulier ». Schless parvient alors à la définition suivante : « Agit pour le compte d'autrui celui qui agit pour un autre en voulant que, en vertu du rapport qui le lie à lui, les effets de son acte atteignent dans chaque cas le représenté »⁵.

L'argumentation de Nussbaum a le mérite d'attirer l'attention sur le caractère comptable de l'opération conclue et de rappeler les conséquences patrimoniales que comporte toute représentation. Chacune des opérations effectuées par le représentant à l'égard du tiers

¹ Schless, op. cit., p. 8. Cet auteur insiste également sur le manque de précision de la notion d'intérêt.

² Dans la pratique, on emploie souvent l'expression : agissant au nom et pour le compte de. Il s'agit là d'une tautologie, puisque le représentant qui intervient au nom du représenté le lie directement au tiers. L'acte est alors conclu comme si le représenté avait été lui-même partie : l'acte a donc nécessairement été fait pour son compte.

³ Schless, op. cit., p. 11, et les divers auteurs qu'il cite.

⁴ Nussbaum, *Tatsachen und Begriffe im deutschen Kommissionsrecht*, p. 47.

⁵ Dans le même sens, Pestalozzi, op. cit., p. 40 : Si le représentant conclut un contrat en sachant et voulant que les avantages et les obligations qui en résultent se produisent en faveur, respectivement à la charge du maître, on désigne cette situation par l'expression suivante : le représentant agit pour le compte d'autrui.

aura un effet juridique et comptable immédiat dans les relations entre le représenté et le représentant : si le représentant devient créancier du tiers, il doit créditer le représenté (dont il devient par contre-coup le débiteur) ; au contraire, s'il contracte une dette envers le tiers, il devient créancier du représenté. Au total, le profit ou le déficit laissé par l'opération faite entre le représentant et le tiers affectera en définitive le patrimoine du représenté, et non celui du représentant¹. Ainsi toute créance et toute dette du représentant envers le tiers a pour conséquence une créance ou une dette du représenté envers le représentant.

La définition de Nussbaum nous paraît toutefois trop technique ; si elle peut légitimement trouver sa place dans une étude consacrée plus particulièrement au contrat de commission dont le caractère commercial est évident, elle est trop spécialisée dans une étude consacrée à la représentation indirecte.

Nous préférons une formule plus générale et proposons la définition suivante :

Agir pour le compte d'autrui, c'est pour le représentant agir avec la volonté — manifestée ou non vis-à-vis du tiers — que les droits et obligations issus du contrat conclu avec le tiers — droits et obligations qui ont pris naissance dans son patrimoine parce qu'il a conclu en son propre nom — soient transférés de son patrimoine dans le patrimoine du représenté. En d'autres termes, c'est agir avec la volonté de reporter sur le représenté les profits et les charges résultant du contrat conclu avec un tiers.

L'intention d'agir pour le compte d'autrui n'a donc pas besoin d'être manifestée à l'égard des tiers ; elle ne fait pas partie de la déclaration de volonté qui lui est adressée par le représentant. Mais elle doit pouvoir être prouvée et par conséquent se matérialiser dans certains cas ou faits (par exemple : écriture dans la comptabilité du représentant).

* * *

Avant d'achever ce paragraphe, il faut ajouter encore que le fait d'agir pour le compte d'autrui n'empêche pas le représentant d'avoir également un intérêt personnel dans l'affaire qu'il conclut. Cet intérêt peut provenir de sources différentes ; l'examen des deux plus importantes d'entre elles permettra de préciser en même temps la position du représentant par rapport au représenté :

a) Le représentant peut avoir un intérêt personnel à agir en cette qualité, c'est-à-dire à servir d'intermédiaire à une autre per-

¹ Cette situation est donc différente des cas dans lesquels une personne fait une opération avec un tiers afin de pouvoir conclure et exécuter un autre contrat avec une autre personne (par exemple, R achète à B une chose qu'il a déjà vendue ou qu'il revendra à A ; dans cette hypothèse, R agit pour son propre compte).

sonne. Il peut recevoir du représenté une somme d'argent ou même un salaire en échange de son activité ; il s'agit le plus souvent d'une « commission ».

b) Le représentant peut trouver un intérêt à l'affaire non seulement parce qu'il reçoit une commission en contre-partie, mais encore parce qu'il a l'occasion d'en conclure en même temps une autre pour son propre compte ; il peut, par exemple, bénéficier de tarifs de faveur en concluant un contrat unique dont l'objet concernera pour une partie le représenté et pour une autre lui-même. Ainsi, s'il est chargé d'acheter en son propre nom pour le compte d'autrui une tonne de sucre, il lui est possible d'en acheter une seconde pour son compte personnel ; il pourra alors bénéficier du prix fait par le vendeur à tout acheteur d'au moins deux tonnes de sucre.

Ainsi la conclusion d'un contrat pour le compte d'un ou de plusieurs représentés n'empêche pas, sauf convention contraire, le représentant d'agir en même temps pour son propre compte et par conséquent dans son intérêt personnel.

§ 4. Définition de la représentation indirecte

Les deux éléments qui ont été examinés dans les paragraphes précédents : agir en son propre nom et agir pour le compte d'autrui permettent à eux seuls de construire le système de la représentation indirecte.

En effet, si quelqu'un conclut en son propre nom un acte juridique, cela implique en général l'existence d'un tiers avec lequel il conclut¹. Si, d'autre part, cette personne conclut pour le compte d'une autre, cela implique un rapport juridique (préalable ou consécutif à l'acte en question) en vertu duquel le représentant devra rendre compte de l'opération au représenté, lui en remettre les profits et, en général, aura le droit d'être déchargé des obligations et indemnisé des charges². C'est l'existence de ces deux rapports juridiques, l'un liant le représentant avec le tiers, l'autre liant le représentant avec le représenté, qui est la caractéristique de la représentation indirecte. Il est donc possible de donner la définition suivante :

¹ Nous verrons plus loin (p. 96 ss.) que la présence d'un tiers n'est pas absolument nécessaire ; c'est le cas du représentant qui fait la contre-partie.

² Ainsi le représentant n'a pas nécessairement le droit de se décharger sur le représenté des charges du contrat (il n'a pas ce droit par exemple s'il a abusé du mandat, l'a mal accompli, ou, en cas de gestion d'affaires, si celle-ci n'était pas commandée par l'intérêt du maître). Il en résulte que la définition de la représentation indirecte par von Tuhr, rappelée ci-dessus, p. 40, n'est pas exacte : il est en effet erroné de considérer qu'il y a représentation indirecte seulement dans les cas où le représentant a le droit de se décharger sur le représenté des charges résultant pour lui du contrat conclu avec le tiers.

Il y a représentation indirecte lorsqu'une personne conclut un acte juridique en son propre nom pour le compte d'une autre.

Nous rejoignons ainsi les différentes définitions données par Pestalozzi et Schless, mais nous nous écartons de celle de von Tuhr qui mentionne encore les différentes conséquences juridiques de l'opération conclue quant aux parties en cause. A notre avis, ces conséquences sont implicitement contenues dans notre définition et il est inutile de les mentionner.

La définition que nous avons posée, de par ses termes mêmes, montre clairement quel est le mécanisme de la représentation indirecte. En effet, entre les trois sujets de droit qu'elle mentionne :

- a) le représenté pour le compte duquel agit le représentant,
 - b) le représentant qui agit en son propre nom et pour le compte du représenté, et
 - c) le tiers avec qui traite le représentant,
- trois rapports juridiques différents prennent naissance. C'est à l'étude de ces rapports juridiques que seront consacrés les chapitres qui suivent.

CHAPITRE II

Le rapport juridique entre le représenté et le représentant

Bien que le rapport juridique qui lie le représenté et le représentant soit en corrélation avec la seconde des conditions d'existence de la représentation indirecte (agir pour le compte d'autrui), il est préférable, du point de vue de la systématique, de l'étudier avant d'aborder l'examen du rapport juridique qui lie le représentant au tiers. En effet, sauf dans les cas de gestion d'affaires, l'existence du second de ces rapports juridiques dépend du premier : le représentant conclut avec le tiers parce que le représenté l'a chargé d'agir pour son compte.

Le rapport juridique au moyen duquel seront liés représenté et représentant peut prendre naissance de deux manières différentes :

a) ou bien le représenté charge par contrat (mandat ou autre contrat dérivé du mandat, contrat de travail, etc.) le représentant d'agir pour son propre compte ;

b) ou bien le représentant, de son propre chef, prend l'initiative d'accomplir un acte pour le compte du « représenté » ; c'est le cas connu sous le nom de gestion d'affaires.

Il est important, croyons-nous, de mentionner ensemble ces deux catégories d'actes juridiques en vertu desquels une personne peut agir en son propre nom pour le compte d'autrui et de faire ressortir ce caractère qui leur est commun ; en effet, ce trait qui unit le mandat ou les contrats qui en dérivent et la gestion d'affaires n'est jamais relevé dans les codes où le législateur traite de la représentation — directe ou indirecte — dans la partie générale, alors qu'il introduit la gestion d'affaires dans le domaine des contrats spéciaux, ce qui est d'ailleurs normal. D'autre part, les auteurs ont souvent tendance en étudiant la représentation indirecte à ne pas distinguer celle qui résulte d'un contrat de mandat ou autre et celle qui résulte d'une gestion d'affaires¹. Nous pensons au contraire que la distinction est essentielle.

Nous étudierons successivement les deux cas.

¹ Ainsi *Pestalozzi*, op. cit., p. 61-62, qui ne mentionne même pas la gestion d'affaires dans les institutions qui donnent naissance à la représentation indirecte. *Schless*, op. cit., § 8, p. 20, note l'existence de ces deux sources de représentation indirecte sans en tirer de conséquences.

§ 1. Existence d'un contrat entre représenté et représentant

C'est le cas type de représentation indirecte. Une personne, le représenté, charge une autre, le représentant, de passer en son propre nom mais pour le compte du représenté un acte juridique avec un tiers.

Le rapport juridique ainsi créé entre ces deux personnes est désigné dans la doctrine par les expressions de « rapport interne », « rapport de base » (*Grundgeschäft*)¹, par opposition au rapport « externe » qui unit le représentant au tiers. C'est parce qu'il est lié au représenté par un tel contrat que le représentant agira pour le compte du premier ; le rapport de base est en quelque sorte le moteur qui fait agir le représentant.

Quelle est la nature juridique de ce contrat ? Ce sera souvent un mandat ; mais il peut fort bien arriver que le représentant agisse en vertu d'un contrat de travail qui le lie au représenté, ou d'un contrat de société. En matière commerciale il s'agira plus fréquemment d'un contrat de commission ou d'expédition. Bref, ce peut être tout contrat par lequel quelqu'un s'oblige à agir pour le compte d'autrui.

Des auteurs se sont parfois demandé si, à côté de ces cas de représentation indirecte basés sur une convention, l'on pouvait reconnaître des cas de représentation indirecte légale. Schless² range dans cette catégorie les actes juridiques faits par l'administrateur d'une faillite qui, selon lui, agit pour le compte des débiteurs communs et dans « l'intérêt » des créanciers du failli. Nous estimons qu'il n'y a pas dans ce cas représentation indirecte ; car l'administrateur d'une faillite n'agit pas en son propre nom pour le compte du failli : il intervient au contraire de par la loi en sa qualité d'administrateur désigné de la faillite et ne devient pas lui-même créancier ou débiteur³ ; son patrimoine personnel ne sera

¹ *Pestalozzi*, op. cit., p. 59. Comme cet auteur le fait remarquer (note 135), *Mitteis*, op. cit., p. 138, donne ce nom à l'acte accompli par le représentant avec le tiers. Suivant *Pestalozzi* nous adoptons toutefois ce terme pour désigner le rapport entre représenté et représentant, car c'est ce rapport qui sert de base à l'activité ultérieure de ce dernier.

² *Schless*, op. cit., p. 21, note 5. A son instar, nous n'entrons pas dans la discussion relative à la situation juridique du « *Konkursverwalter* » et renvoyons aux indications de *Jaeger* à ce sujet (*Kommentar zur Konkursordnung*, ad § 6, notes 1 ss, p. 119 ss.).

³ Cf. déjà dans ce sens, *Mitteis*, op. cit., p. 5 : « Toutes ces personnes (les autorités d'exécution forcée, de séquestre, l'ensemble des créanciers du failli, l'administrateur de la faillite) agissent en effet en leur propre qualité (*im eigenen Berufe*) et ne pensent absolument pas à la représentation (*und denken gar nicht an Vertretung*) ».

pas atteint par les actes juridiques qu'il entreprendra. D'autre part, il est représentant, au sens large, aussi bien des intérêts du failli que de ceux du ou des créanciers. C'est donc là une situation juridique spéciale, différente de celle de la représentation indirecte.

* * *

Quelles obligations impose à chaque partie le contrat conclu par le représenté avec le représentant ?

Le représentant s'oblige à passer pour le compte du représenté un acte juridique dont il transférera ensuite les effets à ce dernier. Cet acte consiste généralement en la conclusion d'un contrat avec un tiers¹. Selon les cas, le représentant agira sans être rémunéré (mandat gratuit) ou contre paiement d'un salaire ou d'une commission.

Le représenté, de son côté, s'oblige à accepter le transfert des droits issus du contrat conclu avec le tiers, plus particulièrement à assumer les obligations qui en découlent et à libérer le représentant de ses frais et débours. Il s'oblige également à payer le salaire ou à verser la commission convenue.

Ainsi, en vertu de ce contrat, le représentant assume une obligation de faire ; la doctrine allemande parle de « *Geschäftsbesorgung* »².

Suivant les circonstances et selon les rapports d'amitié ou d'affaires qui existent entre représenté et représentant, le contrat indiquera, avec plus ou moins de précisions ou de détails, les modalités de l'affaire juridique que devra conclure le représentant ; il pourra contenir des recommandations ou des instructions du représenté. Si le représentant ne se conforme pas à ces instructions, soit en n'en tenant pas compte, soit en les dépassant, il sera responsable vis-à-vis du représenté ; selon la gravité de la violation des instructions données, celui-ci pourra refuser de prendre à sa charge les effets de l'affaire qui a été conclue ou contraindre le représentant à prendre à sa charge le préjudice causé (CO art. 397 al. 2).

¹ Il semble à première vue que rien n'empêche que le mandat ait pour objet de charger le mandataire d'accomplir un acte juridique unilatéral (dans ce sens Pestalozzi, op. cit., p. 67 : Ein einseitiges Rechtsgeschäft, ausgeführt durch indirekte Stellvertretung, wäre nicht ausgeschlossen). Nous remarquons toutefois que la plupart des actes juridiques unilatéraux, y compris les actes formateurs, ne peuvent être accomplis que par l'intéressé ; ainsi : le testament, l'acceptation d'hérédité, la compensation, etc. (cf. von Tuhr, CO, I, p. 123). Certains toutefois pourraient être exécutés par représentant indirect, par exemple l'occupation d'une chose sans maître (CCS art. 658, 718), la promesse publique de récompense (CO art. 8) ; ces cas sont rares.

² Pestalozzi, op. cit., p. 59 ; Schless, op. cit., p. 20, parle de « *Geschäftsbesorgungsverhältnis* », terme dont l'avantage est de qualifier plus exactement le rapport juridique, mais qui présente l'inconvénient d'être pour ainsi dire intraduisible en français.

Ce contrat n'est soumis à l'observation d'aucune forme même si le contrat que le représentant a à conclure avec le tiers est subordonné à l'observation d'une forme particulière (par exemple, vente immobilière) ¹.

Examinons maintenant deux des contrats qui lient le plus fréquemment le représenté au représentant : le mandat et le contrat de commission. Précisons auparavant que mandat, commission, contrat de travail, etc. sont des contrats qui peuvent être utilisés pour créer un rapport de représentation indirecte, mais qu'ils ne sont en aucun cas des formes ou des cas de représentation indirecte, comme on a souvent tendance à le croire ² ; telle que nous la concevons dans un sens large, la représentation indirecte est en effet composée de l'ensemble des rapports juridiques qui prennent naissance entre les trois sujets de droit intéressés.

I. Le mandat.

La tentation est toujours grande de confondre mandataire et représentant, surtout dans le domaine de la représentation directe ³ ; dans les droits français et italien, on l'a vu, cette confusion subsista pendant longtemps. D'une manière générale, la distinction entre les deux notions a été aujourd'hui reconnue ; M. Flattet l'a précisée ainsi : « Il est nécessaire de bien poser les limites existant entre le mandat et la représentation. Celle-ci est le moyen technique de faire des actes juridiques pour le compte d'autrui, en ses lieu et place. Le mandat est une convention par laquelle une personne permet à une autre de faire des actes juridiques ⁴. Mais le mode de réalisation de ces actes n'est pas forcément établi par le mandat. Ce mode, représentation ou non représentation, découle d'un pouvoir donné au représentant ou de son absence » ⁵. Valable plus spécialement pour le droit français qui rejette le mandat sans représentation du domaine de la représentation, cette argumentation permet toutefois de préciser le rapport existant entre mandat et représentation : pour exécuter le mandat dont il est chargé, le mandataire peut agir soit comme un représentant direct, auquel cas l'acte qu'il conclut déploie des effets directs pour le mandant, soit

¹ JdT 1932 I 409 ; SJ 1940 p. 196.

² Ainsi *Oser-Schönenberger* qui écrivent à propos de la commission (op. cit., Vorb. ad Art. 32-40, n° 5, p. 217) : « Ein besonderer Fall der indirekten Vertretung begegnet uns dagegen im speziellen Teile, die Kommission... ».

³ *Ihering*, *Mitwirkung*, p. 313-314, avait déjà attiré l'attention sur cette confusion si fréquente.

⁴ Le droit suisse apporte plus de précision dans sa définition : « Le mandat est un contrat par lequel une personne charge une autre de faire un acte juridique ou de rendre un service ».

⁵ *Flattet*, op. cit., p. 70.

comme un représentant indirect, auquel cas le contrat qu'il conclut déploie ses effets dans sa personne. L'on peut ainsi dire que la représentation indirecte est l'un des modes par lesquels un mandat peut être exécuté, plus précisément le moyen qui n'implique pas l'octroi par le représenté du pouvoir de faire naître par ses propres actes des effets directs pour le représenté.

La représentation indirecte implique donc, sinon l'absence du droit de faire naître des effets directs pour autrui (car il se peut qu'un mandataire muni d'un pouvoir de représentation agisse comme représentant indirect), la volonté, qui doit pouvoir être prouvée, d'agir comme représentant indirect ; par conséquent, la représentation indirecte ne dépend pas juridiquement du rapport existant entre représenté et représentant. Elle n'est pas liée à l'existence préalable d'un contrat de mandat, mais peut fort bien dépendre d'un autre contrat postulant l'activité et l'engagement personnels de celui qui agit en son propre nom pour le compte d'un autre : commission, expédition, etc. Il apparaît ainsi opportun que chaque législation établisse des règles spéciales relatives à la représentation indirecte ; tant la systématique juridique que les deux notions de représentation et de mandat en bénéficieraient aux points de vue et de la clarté et de la précision, et un risque fréquent de confusion serait écarté.

* * *

Qu'en est-il de l'étendue du mandat ?

Cette question est la source de grandes difficultés dans le domaine de la représentation directe ; les auteurs consacrent de longues analyses au problème de la procuration (*Vollmacht*) et de son étendue¹. C'est l'un des points principaux de ce système², car il importe fort au représenté, au nom duquel agit le représentant, de déterminer avec précision quels pouvoirs possède celui-ci, jusqu'où il peut aller, et quels sont les pouvoirs que lui, représenté, se réserve personnellement.

La représentation indirecte pose des problèmes différents ; la procuration n'est pas du tout l'une des conditions nécessaires de cette institution. Le représentant, qui agit en son propre nom, ne porte directement atteinte ni à la sphère des intérêts du représenté, ni au patrimoine de ce dernier. En vertu de sa capacité de contracter et d'acquérir, il peut accomplir tous les actes juridiques néces-

¹ Entre autres *Mitteis*, op. cit., p. 189 ss. ; *Schlossmann*, op. cit., I, p. 262 ss., II, p. 417 ss. ; *von Tuhr*, *Der allgemeine Teil*, II, 2, § 85, p. 396 ss. ; *de Saussure*, op. cit., p. 52 ss. Selon la définition de ce dernier auteur (p. 57), la procuration est le pouvoir de représentation découlant d'un acte juridique du représenté ; c'est donc un acte juridique unilatéral soumis à réception.

² Rappelons qu'il peut y avoir représentation directe sans pouvoir.

saires à l'exécution du mandat qu'il a reçu ¹. Peut-il également entreprendre les opérations spéciales qui exigent toujours le consentement de l'intéressé, telles que ester en justice, transiger, aliéner ou grever des immeubles appartenant au représenté ? Si le mandat donné ne comporte pas de restrictions sur ce point, la réponse doit théoriquement être affirmative, puisque le représentant agit en son propre nom ; en ce qui concerne les immeubles, il est bien entendu qu'il ne pourra en aliéner un pour le compte du mandant qu'après l'avoir acquis lui-même du mandant et avoir été inscrit comme propriétaire au registre foncier ; le bénéfice de l'opération reviendra au mandant pour le compte duquel il agissait.

Lorsque l'on examine l'étendue du mandat donné par un mandant à un mandataire agissant comme représentant indirect, il ne faut jamais perdre de vue le fait que le mandataire agit en son propre nom, et peut par conséquent accomplir les actes qu'il estime nécessaires à l'exécution du mandat reçu. Tout autre est la question de savoir si le représenté sera tenu de reconnaître et de prendre à son compte les actes accomplis par le représentant. Sa solution dépend de l'étendue de l'autorisation (*Ermächtigung*) accordée par le représenté au représentant.

Il convient donc de déterminer d'une manière plus précise le contenu du mandat et de reconnaître les pouvoirs que le mandant confie au mandataire. Le droit allemand, qui n'a pas pris en considération la représentation indirecte dans sa législation, n'a pas délimité l'étendue du mandat, tandis que le droit suisse tentait de résoudre le problème en édictant l'article 396 CO, dont le texte présente, on le verra, quelques difficultés.

Le mandat, tel qu'il est défini par l'article 394 CO, est un contrat par lequel le mandataire s'oblige à gérer l'affaire dont il est chargé ou à rendre les services qu'il a promis. Son contenu principal est donc l'obligation pour le mandataire de faire quelque chose. Pour qu'il soit en mesure de remplir son obligation, le mandant lui confère, au cas où il doit agir comme représentant direct, une procuration (*Vollmacht*), qui consiste d'après le § 166 al. 2 BGB en « un pouvoir de représentation donné par un acte juridique » (*durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht*). La procuration et le contrat conclu entre mandant et mandataire sont en effet deux notions fort différentes : la première est le pouvoir de représentation donné par le mandant (*Bevollmächtigung*) ², le second comporte l'obligation du mandataire d'agir pour le mandant. La doctrine

¹ Il ne peut par contre pas disposer d'un bien du représenté sans autorisation de celui-ci.

² Ou bien « *Ermächtigung* » : « rapport juridique qui permet au représentant de faire naître, par ses propres actes, des effets pour le représenté » (*von Tuhr, CO, I, p. 283*).

insiste sur cette différence et mentionne des cas dans lesquels procuration et mandat ne coexistent pas¹, entre autres, les cas dans lesquels le mandataire est chargé d'agir en tant que représentant indirect, c'est-à-dire sans que lui soit conférée une procuration².

Quelle est, dans ces conditions, la nature du pouvoir confié au mandataire agissant comme représentant indirect ? C'est ce qu'il convient d'examiner.

a) *La notion de l'autorisation (Ermächtigung).*

Von Tuhr, dans son ouvrage sur la partie générale du code civil allemand, s'exprime ainsi à propos des « pouvoirs d'action » (Machtbefugnisse)³ : « Si G (gestor), agissant en son propre nom mais pour le compte de D (dominus), contracte avec des tiers et acquiert ainsi un recours contre D, il y a un effet qui se fait sentir dans le patrimoine de D. C'est un pouvoir semblable qu'a, par exemple, le mandataire ; il n'y a pas de terme technique pour désigner ce pouvoir⁴, par opposition au pouvoir de représentation (Vertretungsmacht) et au pouvoir de disposition (Verfügungsmacht) ».

Examinant plus loin les actes soumis à approbation (Zustimmungsgeschäfte), von Tuhr écrit⁵ : « Les déclarations par lesquelles une personne fait connaître qu'elle donne son accord à l'action accomplie par une autre personne sont désignées dans la loi par divers termes : approbation (Zustimmung), consentement, acquiescement (Einwilligung, Genehmigung), autorisation (Ermächtigung), permission (Erlaubnis) et ont des effets divers ». Au nombre de ces déclarations, von Tuhr énumère : « l'approbation d'un acte juridique qu'une personne entreprend en qualité de gérant d'affaire (au sens large) pour le compte d'une autre. Cette espèce d'approbation n'a pas de nom technique. Elle est contenue dans le mandat (§ 662 BGB), de même que dans les instructions du mandant et du maître (§§ 665, 681 BGB), et est appelée, lorsqu'elle est donnée après coup, ratification. Cette approbation n'implique pas la vali-

¹ Von Tuhr, Der allgemeine Teil, II, 2, p. 384-385 ; CO, II, p. 288.

² Ibidem : comme ces contrats peuvent aussi exister sans procuration (lorsque le mandataire agit en son propre nom comme représentant indirect).

³ Von Tuhr, Der allgemeine Teil, I, p. 166 : Eine Einwirkung auf das Vermögen des D kann aber auch in der Weise vorgenommen werden, dass G im eigenen Namen, aber auf Rechnung des D mit dritten Personen kontrahiert und dadurch den D mit einer Regresspflicht belastet ; eine solche Befugnis hat z. B. der Mandatar ; es fehlt an einem technischen Namen für diese Befugnis im Gegensatz zu Vertretungsmacht und Verfügungsmacht.

⁴ Ibidem, note 23 ; von Tuhr remarque que le terme de mandat ne convient pas, car il ne vise pas le pouvoir de G, mais les droits et obligations réciproques des parties. Quant au terme de « pouvoir » (Ermächtigung), il a en droit allemand une signification plus générale et plus précise.

⁵ Ibidem, II, 2, p. 211.

dité des affaires faites par le gérant avec des tiers, mais déploie ses effets dans le rapport qui lie le gérant au maître, en ce sens qu'elle justifie la manière d'agir du gérant vis-à-vis du maître et procure au premier un recours contre le second pour le montant de ses dépenses »¹.

Von Tuhr distingue donc deux notions : d'une part, le pouvoir d'action (*Machtbefugnis*) dont l'exercice par un mandataire crée un effet dans le patrimoine du mandant (par exemple, faculté de disposer en son propre nom de la chose d'autrui)² ; d'autre part, l'approbation (*Zustimmung*), l'autorisation (*Ermächtigung*) qui est une déclaration par laquelle une personne donne son accord à l'action faite par une autre, cette déclaration pouvant être donnée antérieurement ou postérieurement à l'accomplissement de la dite action, et ayant pour effet de rendre opposable à celui qui fait cette déclaration les effets de l'action entreprise par l'autre personne.

Enneccerus s'est rangé à cette manière de voir ; il écrit ce qui suit³ : L'autorisation (*Ermächtigung*) est une déclaration de volonté par laquelle est conféré le pouvoir (*Befugnis*) de créer sur certains rapports un effet au moyen d'un acte juridique, en particulier sur le patrimoine de celui qui donne l'autorisation : l'une d'elles peut être l'acte par lequel est conférée une procuration ; une autre sorte peut être l'autorisation de produire un effet sur le patrimoine de l'autorisant au moyen d'un acte juridique accompli en son propre nom. Cet auteur estime que c'est à ce cas que devrait être réservé le terme d'autorisation (*Ermächtigung*), en particulier pour les éventualités suivantes :

a) l'autorisation de disposer en son propre nom d'objets appartenant à l'autorisant (*Verfügungsermächtigung*) ;

b) l'autorisation d'obliger l'autorisant par un acte juridique qu'une personne doit faire en son propre nom⁴ (*Verpflichtungser-*

¹ Ibidem, p. 212 : 3. Zustimmung zu einem Rechtsgeschäft, welches jemand als Geschäftsführer im weiteren Sinn für Rechnung eines anderen vornimmt. Diese Art der Zustimmung hat keinen technischen Namen. Sie ist im Auftrag enthalten sowie in den Weisungen des Auftraggebers und des Geschäftsherrn, und heisst, wenn nachträglich erteilt, Genehmigung. Solche Zustimmung bedingt nicht die Gültigkeit der vom Geschäftsführer mit Dritten vorgenommenen Geschäfte, sondern wirkt nur in seinem Verhältnis zum Geschäftsherrn : indem sie die Handlungsweise des Geschäftsführers dem Geschäftsherrn gegenüber rechtfertigt und ihm eine Regressforderung wegen seiner Aufwendungen verschafft.

² Von Tuhr, CO, I, p. 22.

³ Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I, p. 484-486.

⁴ Nous ne pensons pas que cette autorisation et l'autorisation de disposer (*Verfügungsermächtigung*) possèdent le même caractère ; en effet, l'autorisation d'obliger l'autorisant a un effet obligatoire pour lui, alors que l'autorisation de disposer est en réalité un pouvoir de disposer de la chose d'autrui qui crée un effet dans le patrimoine de l'autorisant, mais ne l'oblige pas à reprendre les charges issues de l'acte juridique accompli par l'autorisé en son propre nom.

mächtigung), par exemple : percevoir ou payer une somme pour le compte de l'autorisant, conclure une vente pour lui, etc. ;

c) l'autorisation de faire valoir en justice un droit de l'autorisant (Prozessführungsermächtigung).

L'autorisation n'est pas réglée par le code civil allemand ; ses caractéristiques sont les suivantes : déclaration unilatérale de volonté, sujette à réception, abstraite, révocable sauf volonté contraire de son auteur ; le pouvoir de l'autorisant sur l'objet auquel se rapporte l'autorisation n'est pas exclu par cette autorisation.

Ainsi, pour la doctrine allemande, l'autorisation (Ermächtigung) peut être, soit un pouvoir (au sens large : Machtbefugnis, par exemple : pouvoir de disposer d'une chose appartenant à autrui), soit une déclaration unilatérale de volonté par laquelle est conféré un pouvoir à une personne qui, de ce fait, « peut », a la faculté d'agir et, par son action, de produire un effet sur le patrimoine de celui qui a donné l'autorisation, de rendre cette personne responsable de cette action. En donnant son autorisation, l'autorisant s'oblige à reprendre les charges que fait naître le contrat conclu par l'autorisé en son propre nom avec un tiers ; en recevant l'autorisation, l'autorisé se voit conféré le pouvoir (Befugnis) de faire naître, par l'acte qu'il entreprend en son propre nom, une obligation à la charge de l'autorisant. Remarquons que cette autorisation de contracter des obligations et d'acquérir des droits pour le compte de l'autorisant peut se concevoir de deux manières :

1. le représenté s'oblige d'avance envers le représentant à le décharger (obligation conditionnelle) ;

2. le représenté confère au représentant le pouvoir de créer des obligations à sa charge.

L'autorisation (telle qu'elle est définie dans un sens étroit par Enneccerus) ne produit donc d'effets qu'entre celui qui la donne et celui qui la reçoit, entre le représenté et le représentant¹. Elle oblige le représenté qui sera tenu de reprendre les charges que peut faire naître l'acte juridique² ; il s'agit d'une obligation conditionnelle du représenté.

Quant au représentant, puisqu'il traite avec les tiers en son propre nom, il peut accomplir tous les actes juridiques licites, notamment les actes productifs d'obligations, en vertu de sa capacité

¹ Dans la représentation directe, au contraire, le pouvoir conféré (par la procuration) au représentant a pour conséquence que celui-ci peut, par ses propres actes juridiques, produire des effets de droit entre le représenté et le tiers avec lequel il a traité.

² Dans le même sens, *Flattet*, op. cit., p. 93.

civil de contracter et d'acquérir ; mais ce n'est que dans la mesure où il reçoit une autorisation du représenté qu'il « peut », qu'il a le « pouvoir » de l'obliger à prendre pour son compte les actes que lui, représentant, a accomplis ¹.

Cette autorisation n'est soumise à aucune forme ; elle peut être contenue dans un acte écrit ou n'être que tacite (par exemple, le fait de donner des instructions au représentant implique, à notre avis, l'autorisation d'accomplir les actes auxquels elles se rapportent).

b) *La réglementation suisse.*

L'article 396 CO, en ses trois alinéas, a la teneur suivante :

1. L'étendue du mandat est déterminée, si la convention ne l'a pas expressément fixée, par la nature de l'affaire à laquelle il se rapporte.

2. En particulier, le mandat comprend le pouvoir de faire les actes juridiques nécessités par son exécution.

3. Le mandataire ne peut, sans un pouvoir spécial, intenter un procès, transiger, compromettre, souscrire des engagements de change, aliéner ou grever des immeubles, ni faire des donations ; les règles de la procédure cantonale et fédérale sont réservées.

Quel sens faut-il donner au terme de « pouvoir » de l'alinéa 2 (dans le texte allemand : *Ermächtigung*) ² ?

Oser-Schönenberger lui en reconnaissent deux : d'une part, l'état de fait qui implique qu'une affaire à laquelle une personne a pris part apparaît comme l'affaire d'une autre, et d'autre part, le cas dans lequel quelqu'un agit dans l'intérêt d'un autre, soit avec, soit sans effet juridique direct ³. Puis ils développent le raisonnement suivant ⁴ : Si le terme d'autorisation (*Ermächtigung*) de l'article 396 al. 2 CO signifiait procuration pour représentation directe, il serait possible à tout commissionnaire d'achat ou de vente d'acheter ou de vendre au nom du commettant, ce qui serait contraire à la notion de commission ⁵. Autorisation signifie donc ici le pouvoir d'agir pour le compte du mandant, mais non au nom du mandant (*Befugnis zur Vornahme der Handlung auf Rechnung des Auftrag-*

¹ Remarquons que l'existence ou l'inexistence de cette autorisation n'influence donc pas le contrat externe représentant-tiers.

² Le texte français est defectueux ; le mot autorisation doit être substitué à pouvoir, de manière à correspondre au texte de l'art. 32 al. 1 CO, où « *ermächtigt* » est traduit par autorisé.

³ Oser-Schönenberger, op. cit., ad Art. 32, nos 13-15, p. 230.

⁴ Ibidem, ad Art. 33, n° 6, p. 240.

⁵ Rappelons que l'article 425 al. 2 CO déclare applicables au contrat de commission les règles du mandat.

gebers, nicht zugleich in dessen Namen). Car les actions juridiques qu'implique l'exécution du mandat, le mandataire peut les faire généralement aussi bien comme représentant direct que comme représentant indirect. La question de savoir si le mandat contient un pouvoir de représentation directe dépendra de l'interprétation du contrat, l'article 396 al. 2 CO ne posant aucune présomption à ce sujet ¹.

Tirant les conséquences logiques de leur raisonnement, Oser-Schönenberger considèrent l'alinéa 2 de l'article 396 comme superflu : « L'alinéa 2 n'a été établi que comme introduction à l'alinéa 3. En effet, en soi, son contenu résulte normalement de l'alinéa 1 : si des actions juridiques sont nécessaires pour accomplir l'affaire (dont le mandataire est chargé), l'obligation de les entreprendre existe en vertu de l'alinéa 1 ; dans cette obligation est contenue l'autorisation, au sens de l'alinéa 2, de les faire » ². Et ils se résument ainsi : « Pour que se produisent des effets directs de représentation, il faut normalement l'établissement d'une procuration. Si celle-ci fait défaut, et si elle ne découle pas déjà d'autres circonstances ..., il faut conclure que l'on veut qu'il y ait représentation indirecte. Si par contre une procuration est établie, il y a là un indice que l'on veut qu'il y ait représentation directe » ³.

Becker est très concis dans l'exégèse qu'il fait de l'article 396 al. 2 CO ; il se contente de noter que le mandat n'exige pas nécessairement que le mandataire agisse au nom du mandant, de sorte qu'il peut y avoir représentation indirecte. Il admet qu'il s'agit d'un pouvoir de représentation directe lorsqu'il résulte des circonstances que le mandataire n'est pas habilité à s'obliger lui-même dans l'intérêt du mandant ⁴.

Von Tuhr s'exprime de la manière suivante ⁵ : L'article 396 al. 2 n'a aucune portée pratique, le mot « Ermächtigung » pouvant

¹ Cf. RO 41 II 271 ; *Funk*, op. cit., ad art. 396, note 1, p. 246, admet également la représentation directe ou indirecte suivant les circonstances.

² *Oser-Schönenberger*, ibidem, ad Art. 396, n° 3, p. 1474-1475 : Abs. 2 ist nur als Einleitung zur Ausnahme in Abs. 3 aufgestellt worden. Denn an sich ergibt sich dessen Inhalt als selbstverständlich aus Abs. 1 : wenn die Rechtshandlungen zur Besorgung des Geschäftes erforderlich sind, so besteht zu deren Vornahme gemäss Abs. 1 eine Verpflichtung ; in dieser Verpflichtung ist aber Ermächtigung in dem Sinne von Abs. 2 mitenthalten.

³ Ibidem, n° 4, p. 1475 : Zur Herstellung der unmittelbaren Vertretungswirkung gehört regelmässig (...) die Ausstellung einer Vollmacht. Fehlt eine solche und liegt sie nicht bereits in anderen Verhältnissen (...), so ist eher auf den Willen der indirekten Vertretung zu schliessen. Ist dagegen eine Vollmacht ausgestellt worden, so liegt darin ein Indiz für die gewollte direkte Vertretung.

⁴ *Becker*, op. cit., ad Art. 396, n° 6, p. 538.

⁵ *Von Tuhr*, CO, I, p. 289, note 14.

désigner aussi bien le pouvoir de représentation (Vollmacht) que le pouvoir de représentation indirecte (Befugnis zur mittelbaren Vertretung).

Le professeur Guhl¹ n'examine pas le problème dans son commentaire très général de l'article 396 CO.

De Saussure² rejette l'opinion d'Oser-Schönenberger et de von Tuhr comme erronée. Pour cet auteur, le mot pouvoir de l'article 396 al. 2 ne signifie que pouvoir de représentation et non pas pouvoir de gestion ; il en résulte que cette disposition n'est applicable qu'aux mandats de conclure par représentation (directe). L'argumentation de Saussure ne nous paraît nullement convaincante, ni de nature à infirmer celle de Oser-Schönenberger distinguant les mandats qui doivent être exécutés par un mandataire muni d'un pouvoir de représentation de ceux qui doivent l'être par un mandataire agissant en son propre nom ; or de Saussure lui-même reconnaît leur existence, mais il ne les étudie pas.

La remarque faite par Oser-Schönenberger selon laquelle le mot « autorisation » comprend aussi bien les cas dans lesquels une personne agit dans l'intérêt d'une autre, soit avec, soit sans effet juridique direct (c'est-à-dire en qualité de représentant direct ou de représentant indirect), nous paraît utile en ce sens qu'elle permet une exégèse plus complète de l'alinéa 2 de l'article 396 CO. A notre avis, cette disposition peut être interprétée de la manière suivante :

Lorsque le mandant a donné au mandataire au moyen d'une procuration le pouvoir d'agir en son nom (donc de faire naître des effets juridiques directs entre le mandant et le tiers), par conséquent lorsqu'il y a représentation directe, le mandataire a le pouvoir d'accomplir tous les actes juridiques nécessités par l'exécution du mandat, dans les limites de ce mandat, sauf les actes mentionnés à l'alinéa 3³, qui exigent un pouvoir spécial⁴.

Lorsque le mandant a chargé le mandataire de conclure une affaire en son nom à lui, mandataire, mais pour le compte du mandant, par conséquent lorsqu'il y a représentation indirecte, le

¹ Guhl, op. cit., p. 302.

² De Saussure, op. cit., p. 34 ss., spécialement 35.

³ Cette disposition suppose un cas de mandat où le représentant agit au nom du représenté. En effet, les actes juridiques qu'elle mentionne ne peuvent être exécutés qu'au nom du représenté (intenter un procès, transiger, compromettre, souscrire des engagements, faire des donations, aliéner ou grever des immeubles).

⁴ Remarquons avec Oser-Schönenberger, op. cit., ad Art. 396, n° 1, p. 1474, que cette réglementation serait mieux à sa place dans les articles traitant de la représentation que dans ceux consacrés au mandat, puisqu'il s'agit en fait de l'étendue du pouvoir de représentation et non de l'obligation imposée par le mandat.

mandataire a le pouvoir, puisqu'il agit en son propre nom, de faire tous les actes juridiques nécessaires à l'exécution de son mandat, y compris ceux mentionnés à l'alinéa 3¹. Il a ainsi le pouvoir d'engager le mandant par ses actes, et il est en droit d'exiger de lui qu'il reprenne les charges de l'affaire que lui mandataire aura conclue avec le tiers.

Ainsi l'alinéa 2 de l'article 396 CO, en ce qui concerne la représentation directe, est une introduction à l'alinéa 3 ; en ce qui concerne la représentation indirecte, il précise les effets du mandat accompli par le représentant en ce qu'il oblige le mandant à reprendre les profits et les charges du contrat conclu par le mandataire avec le tiers.

En pratique, il dépend de la volonté des parties — souvent concrétisée par la présence ou l'absence d'une procuration — de savoir si elles ont désiré que le mandataire agisse à l'égard des tiers en qualité de représentant direct ou de représentant indirect. Vis-à-vis des tiers, c'est-à-dire dans les relations externes, la question de savoir si le représentant a agi comme représentant direct ou indirect dépend de la volonté manifestée par celui-ci et par le tiers.

* * *

II. Le contrat de commission.

Le contrat de commission est en pratique celui qui engendre le plus fréquemment des cas de représentation indirecte. La définition qu'en donnent les codes précisent cette situation :

HGB § 383 : Le commissionnaire est celui qui professionnellement achète ou vend en son propre nom pour le compte d'autrui (le commettant) des marchandises ou des papiers-valeurs.

CO art. 425 : Le commissionnaire en matière de vente ou d'achat est celui qui se charge d'opérer en son propre nom, mais pour le compte du commettant, la vente ou l'achat de choses mobilières ou de papiers-valeurs, moyennant un droit de commission (provision).

On pourrait être tenté de confondre ces définitions avec celle que nous avons donnée de la représentation indirecte : Il y a représentation indirecte lorsqu'une personne conclut un acte juri-

¹ En effet, un représentant indirect est toujours en droit, à l'égard des tiers, d'« intenter un procès, transiger, compromettre, souscrire des engagements de change, aliéner ou grever des immeubles, faire des donations » ; comme il agit en son propre nom, il ne met pas le représenté en cause, de sorte qu'il n'y a pas besoin d'un pouvoir spécial pour faire ces opérations. Il est par contre loisible au représenté d'interdire, dans les instructions qu'il lui donne, d'entreprendre ces opérations sans autorisation expresse de sa part, car elles peuvent aller à l'encontre de ses intérêts. Ainsi un procès intenté par le représentant contre le tiers pour inexécution du contrat conclu entre eux pourrait être préjudiciable aux intérêts du représenté par la perte de temps qu'il pourrait entraîner, préjudice qui serait évité en renonçant au procès.

dique en son propre nom pour le compte d'une autre. Elles sont pourtant loin d'être identiques. Celle de la représentation indirecte, en mentionnant la conclusion d'un contrat avec un tiers, met en évidence l'existence d'un second rapport juridique ; celle du contrat de commission ne concerne au contraire que l'engagement réciproque du commissionnaire et du commettant, et les obligations qu'ils assument. Il n'y a donc pas confusion de ces deux notions, ni superposition de l'une sur l'autre, comme nous l'avons déjà mentionné ¹.

Ici encore, une personne, le commettant, recourt dans son intérêt aux services d'une autre, le commissionnaire. Le commettant charge le commissionnaire, qui est généralement titulaire ou employé d'une entreprise commerciale, d'acheter ou de vendre pour son compte des marchandises ou des papiers-valeurs. Il est avantageux pour le commettant de recourir aux services d'une telle personne, puisque celle-ci est familiarisée avec tel ou tel commerce et peut, de par ses relations, conclure une affaire à des conditions favorables pour le commettant. En contre-partie de ses services, le commettant lui paiera une commission (HGB § 396, CO art. 432).

Le commissionnaire agit donc en son propre nom, pour le compte du commettant. il a droit au remboursement des frais et débours qu'il a faits ; il a droit en outre à la commission convenue. Ainsi dans ce cas, le représentant, en agissant pour le compte du représenté, agit également dans son propre intérêt et, parfois, pour son propre compte. L'une de ses obligations consiste à transférer au commettant les profits et les charges qui résultent de l'affaire conclue ; les articles 426 ss. CO précisent quelles sont les autres obligations du commissionnaire.

Au sujet du contrat de commission et des pouvoirs donnés au commissionnaire, nous renvoyons à ce que nous avons dit à propos du mandat, puisque ses règles sont applicables au contrat de commission (art. 425 al. 2 CO). Les instructions que le commettant donne au commissionnaire précisent de quelle manière il doit agir et servent à fixer sa responsabilité ; il aura à réparer le dommage qu'il fait subir au commettant en ne se conformant pas à ses instructions (HGB § 385, CO art. 428). Il peut par contre faire tous les actes juridiques qui lui semblent nécessaires pour remplir son obligation. Si le commettant charge le commissionnaire de vendre pour son compte un objet mobilier ou des papiers-valeurs, il lui donnera le pouvoir de disposer de la chose en lui transmettant la possession de l'objet ou du titre au porteur ; l'autorisation (Ermächtigung) du commettant comprendra le pouvoir de disposer (Verfügungsermächtigung).

* * *

¹ Cf. ci-dessus, p. 60.

Dans les études consacrées à la représentation indirecte, le contrat de commission, en raison de sa fréquente utilisation et de son caractère commercial, a toujours occupé une place importante. Même un auteur comme Schlossmann, qui combattait la notion de représentation indirecte, a dû reconnaître le rôle spécial de ce contrat¹ ; selon lui, la situation indépendante du commissionnaire, l'intérêt qu'il possède à ce que les tiers ignorent le nom de ses commettants, l'intérêt qu'il a à pouvoir exiger des sûretés, le fait enfin qu'il a la possibilité d'agir pour le compte de plusieurs personnes et de les favoriser ainsi (achats de gros, etc.), toutes ces raisons ont poussé le législateur à reconnaître le caractère indirect des effets juridiques produits par ce genre de représentation. Obligé de justifier cette situation, Schlossmann en donne l'explication suivante : « Les effets d'une affaire conclue pour le compte d'autrui acquièrent, parce que cette affaire est conclue par un commissionnaire et dans l'exercice de sa profession, un certain caractère ; lorsque l'un des intéressés prétend qu'il s'agit d'effets indirects, c'est à prouver ce fait qu'il doit s'attacher, et non à prouver que le commissionnaire concluait en son propre nom »². Les effets indirects d'un contrat dépendraient donc de la personnalité du représentant, et non du fait qu'il est intervenu en son propre nom ou du fait que les parties l'ont ainsi voulu.

Nous n'avons cité l'opinion de Schlossmann que pour souligner la place que le contrat de commission occupe en pratique et les difficultés presque insolubles qu'il pose à un auteur qui nie la notion de représentation indirecte. Il est superflu de démontrer le peu de valeur de l'argumentation de Schlossmann, qui s'est vu contraint, malgré lui, de reconnaître dans le contrat de commission une institution juridique dont l'élément principal allait à l'encontre de sa théorie, mais dont il ne pouvait nier ni l'existence, ni l'importance. Le moindre des reproches que l'on puisse adresser à son raisonnement, c'est de dire que le critère qu'il propose des cas où l'on peut reconnaître à un contrat des effets indirects est fort discutable et qu'il fait trop aisément fi de la volonté des parties.

Nous ne pensons pas, quant à nous, qu'il y ait lieu, dans une étude consacrée à la représentation indirecte, de développer spécialement le contrat de commission ; certes, s'il est en pratique un

¹ Schlossmann, op. cit., II, p. 318 ss.

² Ibidem, p. 322 : Die Wirkung eines für fremde Rechnung geschlossenen Rechtsgeschäfts empfängt also durch die Thatsache, dass es von einem Kommissionär und im Betriebe seines Gewerbes geschlossen ist, eine bestimmte Richtung, und auf diese Thatsache, nicht auf ein stattgehabtes Kontrahieren im eigenen Namen muss grundsätzlich der Beweis sich richten, wo ein Beteiligter mittelbare Wirkung behauptet.

des contrats les plus fréquents qui voient l'intervention d'un représentant indirect, il n'est, théoriquement parlant, que l'un des contrats qui sont à la base de la représentation indirecte et n'a, par conséquent, pas plus d'importance que les autres.

§ 2. La gestion d'affaires.

Après avoir étudié la représentation indirecte basée sur un contrat conclu entre le représenté et le représentant, il faut examiner le cas où le représentant indirect agit de lui-même, en son propre nom, sans être mandaté pour cela dans le dessein de faire profiter autrui de l'acte qu'il accomplit. Cette situation, communément appelée gestion d'affaires¹, fait l'objet, dans les codifications modernes, d'une réglementation spéciale.

Le code civil allemand en donne la définition suivante (BGB § 677) : Celui qui gère une affaire pour autrui sans être mandaté par lui ou être d'une autre manière autorisé à son égard doit gérer l'affaire comme l'intérêt du maître l'exige et conformément à la volonté réelle ou présumable du maître².

L'article 419 CO est ainsi conçu : Celui qui, sans mandat, gère l'affaire d'autrui est tenu de la gérer conformément aux intérêts et aux intentions présumables du maître.

Il faut d'emblée relever que la gestion d'affaires n'a pas obligatoirement pour effet de créer un cas de représentation indirecte. Le gérant peut, en effet, être un représentant direct (agissant par conséquent au nom d'autrui), nanti d'un pouvoir ; en effet, s'il a reçu une procuration générale et s'il a un mandat précis, il peut entreprendre spontanément, en dehors de ce mandat, une affaire qui se trouve comprise dans l'étendue de son pouvoir. De même, le gérant peut être un représentant direct sans pouvoir (CO art. 38)³.

¹ La doctrine de langue allemande emploie l'expression plus précise de « Geschäftsführung ohne Auftrag », gestion d'affaires sans mandat.

² Wer ein Geschäft für einen andern besorgt, ohne von ihm beauftragt oder ihm gegenüber sonst dazu berechtigt zu sein, hat das Geschäft so zu führen, wie das Interesse des Geschäftsherren mit Rücksicht auf dessen wirklichen oder mutmasslichen Willen es erfordert.

³ Von Tuhr, CO, I, p. 319.

Il peut donc y avoir gestion d'affaires avec représentation directe ou représentation indirecte¹.

Pour qu'il y ait gestion d'affaires accomplie par un représentant indirect, il est nécessaire que le gérant, agissant en son propre nom, possède la volonté d'agir pour le compte d'autrui (*animus aliena negotia gerendi*). Il en résulte que les cas de gestion d'affaires dite imparfaite, réglés plus particulièrement par le § 684 BGB et l'article 423 CO et dans lesquels le gérant a agi parce qu'il n'avait en vue que son propre intérêt sont en dehors de notre sujet; si le représentant n'a pas entrepris la gestion « dans l'intérêt » du maître, il ne l'a pas faite, à plus forte raison, pour le compte de ce dernier : il n'y a plus alors représentation indirecte.

L'une des conditions de la gestion d'affaires est l'absence de mandat²; le maître (selon l'expression employée par le code des obligations) n'a pas chargé le gérant de faire un acte juridique, ni ne l'a autorisé à en faire un; le gérant agit spontanément. Il n'a toutefois pas toute latitude pour agir comme bon lui semble; bien qu'il n'ait à se conformer à aucune instruction ou directive, la loi lui impose de gérer l'affaire dont il se charge « conformément aux intérêts et aux intentions présumables du maître ». Il appartient ainsi au juge de décider suivant les circonstances de chaque cas particulier si le gérant doit ou non être déclaré responsable pour mauvaise gestion (BGB § 678-682; CO art. 420-421).

La gestion peut, en tout temps, faire l'objet d'une ratification de la part du maître. C'est ce que prévoit expressément l'article 424 CO; en ce cas, les règles du mandat deviennent applicables³.

¹ Dans ce sens, *Fick*, Commentaire du CO, ad art. 419, n° 25, p. 744; *Oser-Schönenberger*, op. cit., ad Art. 419, n° 3, p. 1543 : Lorsque l'affaire dont il s'agit est un acte juridique, peu importe qu'il ait été entrepris au nom du maître ou accompli au nom du gérant (avec la volonté d'agir pour le maître); *Friedrich*, Die Voraussetzungen der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag, p. 36-37; de même *Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, ad § 677, n° 2 c, p. 645. Cf. en outre le très explicite article du prof. *H. Reichel* à ce sujet in SJZ 26/1929-1930, p. 198-200.

Contra *Kurt Aeby*, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, qui considère (p. 55) qu'il faut exclure de la gestion d'affaires les contrats que le gérant conclut en son propre nom. Cette opinion, qui n'est guère motivée, est restée isolée. Elle a été réfutée par *Oser-Schönenberger* (ibidem, n° 8, p. 1544) qui constate avec raison que, si l'opinion d'Aeby était retenue, toute une série d'actes juridiques qui appartiennent au domaine de la représentation indirecte en serait exclue. Dans le même sens que *Oser-Schönenberger*, *Flattet*, op. cit., n° 66, p. 82.

² Il convient de donner ici à ce terme de mandat un sens très large; il s'agit en effet de tout rapport de droit en vertu duquel le représentant a l'obligation d'agir, aussi bien que de toute situation juridique d'où peut dériver une justification de sa gestion (*Becker*, op. cit., ad Art. 419, n° 10, p. 600; *Oser-Schönenberger*, op. cit., ad Art. 419, n° 16, p. 1546; *Guhl*, op. cit., p. 306).

³ Cf. *Fick*, op. cit., ad art. 424, n° 2, p. 750; *Oser-Schönenberger*, op. cit., ad Art. 424, n° 1, p. 1558; *Friedrich*, op. cit., p. 35; *Wolf*, La gestion d'affaires, FJS 1077, p. 5.

La ratification, selon la définition de von Tuhr¹, est l'approbation après coup de l'acte accompli par une autre personne ; elle a un effet rétroactif, de sorte que l'acte ratifié est réputé valable dès l'instant où il a été accompli. C'est une déclaration de volonté unilatérale qui crée un rapport contractuel.

Ainsi, en ratifiant l'acte accompli par le gérant, le maître crée un rapport entre eux, rapport qui peut être comparé à un mandat. Doit-on conclure alors qu'il n'y a plus gestion d'affaires, mais contrat de mandat ordinaire ? La doctrine le nie² ; ainsi l'acte accompli par le gérant ne déploie d'effets qu'à son égard et reste et les règles spéciales qui la concernent restent applicables. Le législateur a cependant admis que certaines dispositions relatives au contrat de mandat pouvaient également être invoquées, en particulier celles qui régissent la reddition de comptes, le transfert des droits acquis, etc.³.

Il faut toutefois remarquer que seul un acte accompli par un représentant direct sans pouvoir ou un représentant direct avec pouvoir mais agissant en dehors du mandat précis qu'il a reçu peut être ratifié. En effet, si l'acte a été accompli par le gérant en son propre nom, cet acte est valable indépendamment de toute ratification ; il n'est pas nul, comme le serait celui d'un représentant sans pouvoir (CO art. 39).

M. Flattet a fort bien vu cet aspect de la question lorsqu'il a relevé que l'on ne peut parler de ratification que dans le cas où le gérant a passé le contrat au nom d'autrui ; si, au contraire, l'acte avait été accompli au nom du gérant, il ne pourrait y avoir qu'approbation d'un acte déjà valide, approbation qui a pour effet de le rendre opposable au maître⁴.

Dans ces conditions, nous devons rechercher s'il existe un rapport juridique entre le gérant et le maître lorsque le gérant agit en son propre nom, et quelle en est sa nature.

Aucun lien n'existe entre le gérant et le maître, tant que le premier n'a pas fait connaître au second la volonté qu'il avait, lui gérant, d'agir pour le compte du maître ; jusque-là, en effet, l'acte accompli par le gérant ne déploie d'effets qu'à son égard et reste « res inter alios acta » pour le maître.

¹ Von Tuhr, CO, I, p. 128 et p. 130, note 71 ; voir aussi p. 320.

² Palandt, op. cit., ad § 684, n° 1, p. 649 ; Oser-Schönenberger, op. cit., ad Art. 424, n° 1, p. 1558.

³ Pour plus de détails, spécialement en ce qui concerne les obligations du maître, cf. Oser-Schönenberger, ibidem.

⁴ Flattet, op. cit., n° 76, p. 93 ; Becker, op. cit., ad Art. 424, n° 6, p. 615, partage cette manière de voir ; il écrit, en effet, que les tiers, avec lesquels le gérant a contracté, ne peuvent se prévaloir de la ratification que lorsque sont remplies les conditions de la représentation directe.

Les auteurs ont admis que cet acte ne peut être considéré comme l'affaire d'autrui que lorsqu'il déploie des effets sur les droits du maître par suite d'une activité ultérieure du gérant¹. Mais ils ne précisent pas en quoi consiste cette activité. Il peut, à notre avis, s'agir d'une communication adressée par le gérant au maître, ou, par exemple, de la tradition au maître de la chose acquise pour son compte². Par là même, le gérant extériorise la volonté qu'il avait d'agir pour le compte d'autrui, c'est-à-dire de procurer au maître les avantages qui résultent de l'acte accompli par lui.

Lorsqu'il a été mis au courant de la gestion d'affaires, le maître peut, soit l'approuver, soit refuser de l'approuver.

L'approbation, comme l'a relevé M. Flattet dans le passage ci-dessus, rend opposable au maître l'acte du gérant. Mais pas plus que la ratification de l'acte accompli par le gérant au nom du maître, l'approbation ne modifie le caractère juridique de la gestion d'affaires, dont les effets sont réglementés par la loi. L'approbation correspond ainsi à l'autorisation (*Ermächtigung*) qui, d'après l'article 396 al. 2 CO, est comprise dans le mandat donné par le mandant au mandataire et qui, on l'a vu, a pour effet d'obliger le premier à décharger le second.

Le législateur a déterminé les conséquences des divers cas dans lesquels un gérant peut agir pour le compte d'autrui. C'est ainsi que les articles 420 à 422 du code des obligations envisagent les éventualités suivantes :

a) la gestion d'affaires est entreprise parce que l'intérêt du maître le commande ;

b) elle a pour but d'écarter un dommage dont le maître est menacé ;

c) elle est entreprise contrairement à la volonté réelle ou présumée du maître ;

d) elle est entreprise dans l'intérêt du maître, mais sans être commandée par cet intérêt.

¹ *Suter*, *Echte und unechte Geschäftsführung ohne Auftrag*, p. 17 : Erst vom Augenblick an, wo die Rechte eines anderen berührt werden, entsteht das fremde Geschäft. Darum sind alle Besorgungen, die der Geschäftsführer im eigenen Namen abschliesst, nicht schon im Zeitpunkt des Abschlusses mit dritten Personen zu den fremden Geschäften zu zählen, sondern erst dann, wenn sie in Verbindung mit weiterer Tätigkeit des Geschäftsführers auf die Rechte des Herrn Einfluss gewonnen haben ; *Oser-Schönenberger*, op. cit., ad Art. 419, n° 8, p. 1544.

² Dans l'arrêt du Tribunal fédéral du 21 décembre 1916 dans la cause Grangier c/ Reymond (RO 42 II 470), on relève ce qui suit : « Il a été établi par l'instance cantonale que les vaches achetées par les fils Grangier (en leur propre nom) au demandeur Reymond ont été laissées par eux à leur père... ». Ainsi, l'activité du gérant peut consister en une simple tradition de la chose achetée dans le patrimoine du maître.

Il n'est pas nécessaire ici d'étudier en détail ces divers cas. Le fait important qu'il convient de relever, c'est que le rapport juridique qui est ainsi créé par l'approbation entre le gérant et le maître est non un rapport contractuel mais un rapport qui trouve son origine dans la loi. Lors donc qu'un gérant d'affaires agit en son propre nom, sa gestion peut créer *ex lege* un rapport entre lui et le maître.

§ 3. Des obligations du représentant (mandataire) ¹.

Dans le présent chapitre, consacré à l'étude du rapport juridique existant entre représenté et représentant, nous avons précisé quelles sont les deux formes types de rapports juridiques qui lient ces deux personnes : soit un contrat conclu entre elles préalablement à l'action du représentant, soit une gestion d'affaires entreprise spontanément par le représentant. Il importe de considérer maintenant les obligations qu'impose à l'une et à l'autre partie le contrat qu'elles ont passé entre elles. Nous étudierons la première éventualité, celle qui voit la conclusion d'un contrat entre les deux intéressés ; quant aux cas de gestion d'affaires, nous renvoyons aux commentaires à propos des obligations du gérant.

* * *

La principale obligation qu'assume le représentant en vertu du contrat qui le lie au représenté (contrat de mandat, de commission, etc.) consiste en l'exécution du contrat, c'est-à-dire à conclure avec le tiers l'acte juridique dont l'a chargé le représenté. Nous ne faisons que mentionner ici cette obligation, car elle constituera l'objet de notre prochain chapitre.

Le représentant peut violer les obligations que lui impose le contrat qui le lie au représenté de plusieurs manières :

- a) soit en n'accomplissant pas du tout l'affaire dont il est chargé ;
- b) soit en négligeant de quelque manière les intérêts du mandant ;
- c) soit en ne se conformant pas aux instructions reçues ;
- d) soit en refusant de transférer au représenté les droits qu'il a acquis pour le compte de ce dernier.

Dans tous les cas, la mesure de la responsabilité du représentant a été déterminée par les prescriptions des diverses législations (en particulier BGB §§ 665-668 ; HGB §§ 384-395 ; CO art. 397-401 ;

¹ Dans ce paragraphe et dans le suivant, nous envisagerons plus spécialement (pour alléger l'exposé) le cas dans lequel le représentant indirect est un mandataire ; les règles du mandat, rappelons-le, régissent également le contrat de commission (CO art. 425 al. 2) et le contrat de transport (CO art. 440 al. 2).

426-430). Nous nous bornerons à envisager la question d'une manière générale :

Cas a) et b). Si le représentant n'exécute absolument pas son mandat (quel que soit le motif de l'inexécution) ou ne l'exécute qu'imparfaitement, les dispositions concernant les effets de l'inexécution des obligations seront applicables (BGB §§ 275 ss. ; CO art. 97 ss.).

Cas c). La situation juridique est plus complexe dans les cas où le représentant dépasse ou n'observe pas les instructions qu'il a reçues. Certes, ces instructions du représenté ne sont que des indications qui ont pour effet de délimiter l'étendue des obligations du représentant et de lui donner une idée claire de la tâche qu'il devra accomplir ou de lui fixer les limites dans lesquelles il lui est loisible d'agir conformément à la volonté du représenté ; il n'en reste pas moins qu'elles ont une importance certaine du point de vue juridique. Si le représentant ne se conforme pas au mandat, il se rend coupable d'une faute contractuelle entraînant sa responsabilité (c'est le cas prévu par l'art. 397 al. 2 CO).

S'il va au delà des instructions qu'il a reçues, on peut se demander si sa responsabilité est engagée en vertu du contrat qui le lie au représenté, ou, au contraire, si l'on se trouve en présence d'une gestion d'affaires. En doctrine, la question est controversée. Pour Reichel¹, le dépassement du mandat peut représenter soit une mauvaise exécution du mandat (par exemple, vente au-dessous du prix minimum, CO art. 428), soit l'exécution du mandat liée avec une gestion d'affaires (par exemple, le représentant qui devait vendre un cheval en vend deux à des prix distincts pour chacun d'eux). Par contre, pour Becker², les dispositions relatives à la gestion d'affaires ne peuvent être invoquées lorsque le mandataire a dépassé les limites de son mandat, car « le mandataire ne peut modifier unilatéralement la base de son obligation ». Nous nous rallions à l'opinion de Reichel et de Oser-Schönenberger ; nous ne pensons pas en effet qu'il y ait, en cas de dépassement du mandat, modification d'une obligation, mais au contraire exécution du mandat à laquelle s'ajoute une autre action du mandataire. Ainsi, si A charge B de lui acheter chez un antiquaire un fauteuil Louis XV, et si B, au moment de l'achat, constate que le marchand possède une paire de tels fauteuils dont il fait l'acquisition, nous estimons que B a rempli son mandat et a fait de plus une gestion d'affaires en ce qui concerne le second fauteuil.

Cas d). Il peut fort bien arriver que le représentant exécute l'affaire dont il est chargé conformément aux instructions reçues,

¹ Reichel, op. cit., p. 198, note 2 ; cf. Guhl, op. cit., p. 307 ; Oser-Schönenberger, op. cit., ad Art. 419, n° 21, p. 1547.

² Becker, op. cit., ad Art. 419, n° 11, p. 600.

mais refuse ensuite de transférer au représenté les effets du contrat qu'il a conclu. Quels sont alors les droits du représenté ? En refusant le transfert, le représentant viole l'obligation qu'il a assumée envers son mandant ; il s'est en effet engagé vis-à-vis de lui à agir pour son compte, autrement dit à opérer ce transfert. Le représenté peut agir contre le représentant pour obtenir ce transfert ; l'exécution est en effet souvent possible. Peut-on en outre déclarer dans ce cas le représentant responsable et donner au représenté une action en dommages-intérêts contre lui ?

Les législateurs ont estimé indispensable de régler cette question d'une autre manière. Si la loi allemande (BGB § 667) ne prévoit qu'une simple obligation : « Le mandataire est obligé de restituer au mandant tout... ce qu'il acquiert par suite de la conduite de l'affaire », le législateur suisse a prévu une réglementation plus complète, en ayant précisément en vue le cas du mandataire qui agit en son propre nom. L'article 401 CO prévoit ce qui suit ¹ :

Alinéa 1 : « Lorsque le mandataire acquiert en son propre nom, pour le compte du mandant, des créances contre des tiers, ces créances deviennent la propriété du mandant dès que celui-ci a satisfait, de son côté, à ses diverses obligations envers le mandataire ».

Alinéa 2 : « Le mandant peut faire valoir le même droit contre la masse du mandataire, si ce dernier tombe en faillite ».

Ainsi, le législateur a introduit un transfert *ex lege* des créances acquises par le représentant, indépendamment de toute volonté de celui-ci. Il suffit pour cela que le mandant satisfasse aux obligations qu'il a assumées envers le mandataire. Cette solution, que l'on peut pleinement approuver, devait être introduite dans un système juridique connaissant la représentation indirecte ² ; elle correspond à la volonté de chacune des deux parties lors de la conclusion du mandat. Elle règle enfin de manière indiscutable tout différend qui pourrait facilement surgir s'il fallait dans chaque cas et suivant les circonstances examiner si le mandataire avait la volonté de transférer les créances acquises au mandant ; il suffit de prouver qu'il a conclu en son propre nom pour le compte du mandant.

§ 4. Des obligations du représenté (mandant).

Il y a inexécution par le représenté du contrat qui le lie au représentant s'il ne se conforme pas ou refuse de se conformer aux obligations qui lui sont imposées par le contrat et par la loi, c'est-

¹ Nous étudierons ci-dessous cette disposition d'une manière approfondie ; cf. p. 119 et suivantes.

² Nous rejoignons ici *Pestalozzi*, op. cit., p. 80, lettre c, qui préconise une interprétation extensive de l'article 401 al. 1 CO.

à-dire en ce qui concerne les obligations légales : remboursement des avances et frais du représentant, refus de le libérer des obligations par lui assumées ou de reprendre les droits issus du contrat conclu par le représentant. Examinons ces diverses éventualités :

a) En chargeant le représentant d'agir pour son compte, le représenté s'est obligé — implicitement ou en termes exprès — à rembourser au représentant les avances et les frais (parfois les pertes) que celui-ci pourrait encourir de ce fait¹ et à payer la rémunération, s'il en a été convenu une (BGB § 670; CO art. 402); une action est accordée au mandataire contre le mandant pour le montant de ses frais et débours. Le législateur a cependant estimé qu'il fallait accorder une protection supplémentaire au mandataire agissant en son propre nom, car il pourrait être trop facile pour le mandant de garder le bénéfice de l'affaire conclue et de discuter ou de retarder le remboursement de gros frais. C'est la raison pour laquelle il a stipulé que les créances contre des tiers acquises par un tel mandataire ne peuvent devenir la propriété du mandant que dès le moment où celui-ci a, de son côté, satisfait à ses diverses obligations envers le mandataire (CO art. 401 al. 1). Il faut toutefois remarquer que ce privilège n'est valable que pour les créances acquises pour le compte du mandant; s'il s'agit de choses mobilières, la propriété n'en est transmise au mandant que s'il y a transfert de possession (CCS art. 714); en pratique, le représentant ne transférera cette possession que s'il est assuré d'être, en contre-partie, couvert de ses dépenses. Lorsqu'il s'agit d'un contrat de commission, vu le caractère spécial de ce contrat et attendu que le rapport qui unit les parties est basé non pas tant sur la confiance qu'elles ont réciproquement l'une dans l'autre que sur des relations d'affaires, un droit légal de rétention « sur les choses formant l'objet du contrat, ou sur le prix qui a été réalisé » a été admis par le législateur (CO art. 434)².

b) Le représenté est tenu, de par le contrat conclu avec le représentant, ou de par la loi, de le libérer des obligations qu'il a contractées. Pour le cas du mandat, la doctrine suisse admet que le mandant peut se libérer de la manière qui lui convient le mieux³ : paiement direct effectué en mains du tiers, novation (CO art. 116) ou reprise de dettes (art. 176); si le tiers refusait la novation ou

¹ C'est-à-dire tous frais causés par l'exécution régulière du mandat par le mandataire.

² Sur la question du droit de rétention; voir ci-dessous, p. 128 ss.

³ Oser-Schönenberger, op. cit., ad Art. 402, n° 9, p. 1497; cf. Becker, op. cit., ad Art. 402, nos 6-7, p. 560.

la reprise de dettes, le mandant, au cas où la dette ne serait pas exigible, devrait provisionner le mandataire pour que celui-ci puisse acquitter la dette à l'échéance.

c) Le représenté doit accepter le transfert des droits, des choses acquises pour son compte par le représentant. Supposons que A ait chargé B de lui acheter chez C un fauteuil Louis XV ; pendant les démarches de B, A trouve chez un autre marchand un très beau fauteuil du même style. Lorsque B se déclarera prêt à remettre à A celui qu'il a acheté de C, A refusera de prendre possession de cet objet et de rembourser le prix convenu en alléguant son propre achat. Quels sont les droits de B contre A ?

A est-il tenu de prendre livraison du fauteuil ? S'il avait traité directement avec C, il serait, en tant qu'acheteur, obligé de prendre livraison de l'objet acheté (cf. CO art. 211). Toutefois, A n'est lié qu'avec B par le moyen d'un contrat de mandat, de commission, etc. Des principes généraux du droit, il découle que le créancier qui refuse sans motif légitime d'accepter la prestation qui lui est régulièrement offerte se trouve en demeure (CO art. 91). La demeure du créancier, ainsi que l'enseigne la doctrine¹, a pour conséquence de fournir certains allègements au débiteur (droit de consigner ou de vendre la chose), et non d'obliger le créancier à payer des dommages-intérêts. Quant au représentant B, il ne pourra pas intenter contre A une action basée sur la révocation du mandat en temps inopportun (CO art. 404 al. 2) ; en effet, cette action suppose que le mandat n'a pas encore été exécuté par le représentant².

Par contre, par l'action pour inexécution du contrat (CO art. 97 ss.), il pourra demander d'être indemnisé des frais qu'il a eus pour l'achat de la chose, de ceux que lui causent la garde, l'entretien de cette chose, et éventuellement de la perte qu'il subit en la revendant. Cette action en dommages-intérêts pour inexécution des obligations incombant au mandant du fait du contrat de mandat sera pour le mandataire le seul moyen d'être indemnisé.

§ 5. La situation du tiers par rapport au contrat conclu entre le représenté et le représentant.

Tout au long du présent chapitre, consacré au rapport juridique existant entre le représenté et le représentant, nous n'avons pas été appelé à nous occuper du tiers avec lequel le représentant conclut un contrat pour le compte du représenté (sauf en cas de cession

¹ *Von Tuhr*, CO, II, p. 474.

² *Oser-Schönenberger*, op. cit., ad Art. 404, n° 4, p. 1501, et l'arrêt du Tribunal de commerce de Zurich cité ; *Fick*, op. cit., ad Art. 404, n° 39, p. 708.

légale au représenté des créances du représentant contre le tiers, art. 401 CO). Cette indépendance dans laquelle il se trouve à l'égard des deux autres sujets de droit qui interviennent dans un rapport de représentation indirecte constitue l'une des caractéristiques de cette institution juridique. Au contraire, dans une étude consacrée à la représentation directe, nous n'aurions pu aborder le problème de la relation existant entre représenté et représentant sans être appelé à parler constamment de la personne du tiers, auquel doit en effet être communiquée la qualité de représentant de celui avec qui il traite, pour que les effets du contrat conclu concernent directement le représenté, véritable cocontractant du tiers (à l'exception des cas d'« *animus incertus* »).

Cette indépendance du tiers est très clairement manifestée en cas d'inexécution du contrat interne par le représentant ou le représenté : en cas d'inexécution de ce contrat par le premier, le second ne peut rechercher que le représentant et n'a aucun droit contre le tiers (sauf lorsque la créance du représentant a été cédée au représenté ou qu'elle lui a passé en vertu de l'article 401 CO) ; et dans le cas où le représenté est en demeure d'accepter le transfert de la chose ou de la créance acquise par le représentant, le tiers ne se trouve lésé d'aucune manière, car il n'a conclu qu'avec le représentant.

CHAPITRE III

Le rapport juridique entre le représentant et le tiers

L'objet du présent chapitre est d'étudier l'acte que le représentant accomplit en son propre nom, pour le compte du représenté, soit parce qu'il a reçu un mandat de ce dernier, soit en entreprenant de son propre chef une gestion d'affaires. Il s'agit de l'acte juridique que la doctrine de langue allemande qualifie : « acte d'exécution » (*Ausführungsgeschäft*)¹.

Cette seconde phase de la représentation indirecte — la première étant dans la plupart des cas la création d'un rapport juridique entre le représenté et le représentant — voit en général l'apparition du troisième sujet de droit² que suppose un rapport de représentation, qu'elle soit directe ou indirecte, le tiers. Marquons encore ici l'opposition de ces deux genres de représentation.

Dans les études consacrées à la représentation directe, le problème du pouvoir de représentation donné par le représenté tient une large place. Il est en effet essentiel, dans ce cas, que le représentant soit autorisé³ à l'égard des tiers avec lesquels il conclut un contrat, pour que celui-ci déploie ses effets directement en faveur ou au détriment du représenté. Car le véritable contractant du tiers est le représenté (CO art. 32). Le pouvoir de représentation est donc l'un des éléments primordiaux.

Dans la représentation indirecte, au contraire, cet élément n'a d'importance qu'au point de vue du rapport « interne »⁴ qui existe entre représenté et représentant. Or ce rapport, précisément, ne joue aucun rôle dans la création du rapport juridique qui unira le représentant au tiers ; en effet, vis-à-vis de ce dernier, le représentant n'agit pas en tant que tel, mais en son propre nom, de la même manière qu'il agirait pour son propre compte ; il est le

¹ *Pestalozzi*, op. cit., p. 59.

² Le paragraphe 2 ci-dessous sera consacré au contrat du représentant avec soi-même.

³ C'est-à-dire possède le pouvoir de représentation, cf. *von Tuhr*, CO, I, p. 283.

⁴ *Schless*, op. cit., p. 20 : « Innenverhältnis » ; *Ihering*, Mitwirkung, p. 313, parle de « relatives Verhältnis ».

véritable cocontractant du tiers, qui n'a pas à se préoccuper de savoir si l'autre partie agit pour son compte personnel ou pour celui d'une ou de plusieurs autres personnes.

Nous aborderons l'étude des cas dans lesquels le représentant conclut avec un tiers, avant d'examiner ceux dans lesquels il se porte lui-même partie.

§ 1. De la conclusion d'un contrat entre le représentant et le tiers

Si le représentant indirect ne décide pas d'intervenir personnellement dans l'affaire, il doit, pour se conformer aux obligations que lui impose le contrat passé avec le représenté, conclure avec un tiers.

Rappelons, une fois encore, quelle est la situation du représentant par rapport aux deux autres sujets de droit : à l'égard du représenté, il est lié par le contrat conclu entre eux (mandat, etc.), qui lui laisse plus ou moins de latitude, conformément aux directives qui y sont contenues, quant à la personne du tiers avec qui il doit traiter, à la qualité des marchandises à acheter, aux prix minima qu'il doit respecter, etc. ; à l'égard du tiers, le représentant agit comme toute autre personne agissant en son propre nom¹, donc sans se prévaloir de sa qualité de représentant. Si l'on veut résumer en quelques mots sa situation, on peut dire que le représentant doit veiller aux intérêts du représenté et se conformer aux instructions ou directives générales ou détaillées qu'il a reçues de ce dernier, tout en agissant, vis-à-vis des tiers, d'une manière spontanée.

Cette situation implique pour le représenté qu'il doit être pleinement conscient du fait que ce n'est pas lui qui possède la direction de l'affaire, qu'en l'absence de faute du représentant il ne peut donc s'en prendre qu'à lui-même si l'affaire, exécutée dans le cadre des instructions données, n'est cependant pas conclue exactement comme il l'aurait voulu².

Pour le tiers, cette situation implique que son seul cocontractant est le représentant, qu'il doit et ne peut rechercher que lui, sans pouvoir rechercher le représenté, même s'il connaît son identité, mais que, d'autre part, lui-même ne peut pas être mis en cause par ce représenté, sous réserve des cas prévus par l'article

¹ Nous avons déjà mentionné plus haut (p. 45 ss.) que le fait pour le tiers de connaître la situation exacte de son cocontractant par rapport à un représenté, déterminé ou indéterminé, ne joue aucun rôle ; le représenté reste en dehors du contrat conclu entre le représentant et le tiers.

² Il est entendu que le représenté est en droit de demander au représentant la réparation du dommage causé par la faute de celui-ci, cf. ci-dessus, p. 76 ss.

401 CO¹ et des cas où le représentant a cédé ses droits au représenté.

Examinons de plus près les conséquences juridiques qui découlent de cette situation pour chacun des deux intéressés au contrat « externe » (*Ausführungsgeschäft*).

I. Le représentant est le maître du contrat conclu avec le tiers.

Affirmer que le représentant est le maître du contrat qu'il conclut avec le tiers, c'est dire implicitement que seule compte la personne du représentant lorsqu'il s'agit d'examiner si un contrat a été conclu conformément aux principes généraux relatifs à la formation des obligations.

Il sera donc nécessaire que ce soit lui, et en aucun cas le représenté, qui ait manifesté sa volonté ; c'est lui qui sera lié par ses offres et contre-offres, c'est lui qui devra signer en son nom les actes écrits obligatoires, c'est son intention qu'il faudra rechercher s'il y a lieu d'apprécier les clauses du contrat, c'est enfin et surtout dans sa personne qu'il y aura lieu d'apprécier les vices du consentement qui pourraient entacher le contrat.

La question de la bonne foi de l'intermédiaire dans un contrat conclu par représentation et celle de l'appréciation des vices du consentement ont toujours été la source de nombreuses difficultés pour les auteurs, en particulier pour les pandectistes allemands qui admettaient en effet difficilement que l'acte d'un tiers (représentant indirect) pût avoir des effets juridiques sur la personne intéressée. Ainsi Mitteis², étudiant la représentation directe, considérait comme un problème essentiel celui de savoir selon quelle personne (représenté ou représentant) il fallait juger la capacité juridique et l'effet de l'acte juridique s'il y avait mauvaise foi ou vice du consentement. Müller-Erzbach³ estimait qu'il fallait, en ce qui concerne la représentation indirecte, se contenter de la solution du § 166 BGB⁴, qui régit la question des vices du consentement dans

¹ Cf. ci-dessous, p. 119 ss.

² Mitteis, op. cit., § 9, p. 83-84.

³ Müller-Erzbach, op. cit., p. 38-39.

⁴ Ce paragraphe est ainsi conçu :

Dans la mesure où les conséquences juridiques d'une déclaration de volonté peuvent recevoir atteinte de l'existence d'un vice de volonté ou du fait que l'on aurait reconnu ou dû reconnaître certaines circonstances spéciales, il y a lieu de prendre en considération, non pas la personne du représenté, mais celle du représentant. Dans le cas où il y a eu pouvoir de représentation conféré par acte juridique (procuration), si le représentant agit d'après les instructions déterminées de l'auteur de la procuration, ce dernier ne peut pas, par rapport à telles circonstances que lui-même connaissait, se prévaloir du fait que le représentant ne les connaissait pas. Il en serait de même s'il s'agissait de circonstances que l'auteur de la procuration aurait dû nécessairement connaître, toutes les fois que le fait qu'il aurait dû nécessairement connaître est assimilé au fait d'avoir connu.

la représentation directe ; il ajoutait cependant que cette disposition ne pouvait pas être appliquée telle quelle, mais renonçait à étudier la situation en détail. En droit suisse, Pestalozzi n'a abordé la question que superficiellement.

Ainsi, malgré sa grande importance, cette question n'a jamais été traitée d'une manière exhaustive.

a) *Vices du consentement entachant la volonté du représentant.*

Il semble, à première vue, que la solution de ce problème est simple ; puisque le représentant est le maître du contrat, les vices du consentement et la bonne foi doivent être appréciés dans sa personne. Ainsi, il ne pourra invoquer, s'il désire ne pas maintenir le contrat, que sa propre erreur, ou le dol dont il aurait été victime, ou la crainte sous l'empire de laquelle il aurait contracté. Il va de soi que le représenté, qui n'est pas partie au contrat, ne possède aucun motif lui permettant d'invoquer lui-même ces vices du consentement et d'intervenir directement contre le tiers.

Il y a cependant lieu d'étudier de plus près les cas de dol commis par le tiers, cas dans lesquels Pestalozzi accorde une action directe au représenté.

Ainsi, examinant le cas dans lequel un commissionnaire serait victime du dol du tiers, cet auteur estime que le commettant subit un dommage direct du fait de cet acte illicite et lui accorde une action en dommages-intérêts *ex delicto*¹. Bien qu'il invoque à l'appui de sa thèse l'autorité de Staub² qui, pas plus que lui, ne motive son opinion, Pestalozzi ne nous paraît nullement convainquant. L'application des dispositions générales sur les vices du consentement (dans le cas particulier, celles relatives au dol, BGB § 123, CO art. 28) permet à elle seule de résoudre le problème dans un sens contraire. Si le tiers se rend coupable d'un dol, le représentant n'est pas obligé par le contrat ; il sera en droit d'invalidier le contrat, et, même si celui-ci a été ratifié, de demander des dommages-intérêts (CO art. 31 al. 3). Mais il n'est juridiquement pas possible de construire un dommage direct dont serait atteint le représenté pour lui permettre de se retourner contre le tiers, dont, au surplus, il peut ignorer l'identité.

¹ Pestalozzi, op. cit., p. 69, n° 2.

² Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, ad § 383, n° 21, p. 622-623. Pestalozzi (ibidem, note 165), se réfère également à von Tuhr, CO, II, p. 508 ss. ; cette référence est sans valeur, car von Tuhr traite dans ce passage du dommage subi par le représenté en cas d'inexécution du contrat par le tiers (donc faute contractuelle du tiers), ce qui est un sujet tout à fait différent et sans rapport avec le dol. Voir ci-dessous p. 108 ss.

Pestalozzi examine encore un autre cas de dol commis par un tiers¹ : le tiers a dolosivement induit le mandant à donner mandat à son représentant de conclure avec le tiers ; autrement dit, le tiers conclut avec son partenaire direct, sans le tromper, un contrat dont ce dernier n'a pu obtenir la conclusion que dolosivement. Pestalozzi remarque qu'il est peu satisfaisant, dans un cas semblable, qu'aucun rapport juridique n'existe entre le tiers et le représenté ; il invoque un arrêt du Tribunal suprême de commerce allemand qui a admis que le commettant trompé peut agir directement contre le tiers, bien que le commissionnaire ait conclu en son propre nom² ; mais il n'y a là qu'une action en dommages-intérêts *ex delicto* et non *ex contractu*, puisque l'acte illicite dommageable du tiers lèse directement le représenté.

C'est à juste titre, à notre avis, que ce tribunal a refusé toute action *ex contractu* au représenté. Le cas litigieux était le suivant : Sur la foi d'un prospectus de la maison D contenant de fallacieuses indications, A avait chargé sa banque B de lui acheter des actions de la maison D ; la banque avait à son tour transmis l'ordre d'achat à une autre banque C. Le contrat d'achat avait donc été conclu entre la banque C, commissionnaire, et la maison D, tiers. La question juridique à résoudre était ainsi celle de savoir si A pouvait attaquer ce contrat et réclamer des dommages-intérêts à D. Le tribunal a constaté deux faits : la banque C n'étant pas dans l'erreur, le contrat était valable ; le commettant A, n'étant pas partie à ce contrat, n'était pas en rapport juridique avec D. Ainsi, bien que le commettant A eût été trompé par le tiers D, aucune action *ex contractu* ne pouvait être accordée au premier contre le second ; par contre l'action *ex delicto* empêchait que le trompeur D ne bénéficiât des fruits de sa tromperie. D'autre part, le tribunal a relevé, avec raison, que si, à cause de la tromperie, le commettant n'a plus d'intérêt à maintenir le contrat de commission, ce manque d'intérêt ne crée pas pour le commissionnaire le droit d'attaquer le contrat conclu avec le tiers.

Il faut donc distinguer deux choses : le représenté ne peut rien contre le contrat conclu entre son représentant et le tiers et n'est pas en droit non plus d'attaquer le contrat de mandat qu'il a conclu avec son représentant, car, à supposer qu'il y ait eu erreur de sa part lorsqu'il a donné ce mandat, ce ne peut être qu'une erreur sur les motifs, par conséquent une erreur non essentielle. D'autre part, il peut y avoir soit un rapport contractuel entre le représenté et le tiers, lorsque celui-ci a circonvenu le premier (conseil, renseigne-

¹ Pestalozzi, op. cit., p. 68.

² ROHG, vol. 22, n° 55, p. 248-253.

ment), soit un rapport résultant d'une action en dommages-intérêts à raison d'un acte illicite. Il s'agit donc d'un rapport juridique entièrement différent et indépendant de la représentation indirecte.

b) *Vices du consentement entachant la volonté du tiers.*

Si nous nous plaçons maintenant au point de vue du tiers, nous pouvons, *mutatis mutandis*, poser le même principe. Si le tiers est victime d'une erreur, d'un dol ou de crainte fondée, il sera en droit d'attaquer le contrat. Si le tiers se trouve dans l'erreur par suite d'une machination du représenté, il demeure obligé par le contrat, à moins que le représentant n'ait connu ou dû connaître le dol lors de la conclusion du contrat (CO art. 28 al. 2). Enfin, en cas de crainte fondée, il n'est pas obligé (CO art. 29).

Ici encore, à propos du dol, Pestalozzi¹ apporte, sans d'ailleurs les justifier, des restrictions au principe qu'il a lui-même établi de l'inexistence d'un rapport juridique entre représenté et tiers². Partant de l'hypothèse que le représenté a intentionnellement induit le tiers en erreur pour le déterminer à contracter avec le représentant, il expose en effet qu'il lui paraît peu satisfaisant que, dans ce cas, le tiers puisse seulement réclamer des dommages-intérêts au représenté sur la base de l'article 41 CO, mais n'ait pas la possibilité d'attaquer le contrat conclu avec le représentant, si celui-ci ne connaissait pas ni ne devait pas connaître le dol (CO art. 28 al. 2). Pestalozzi ajoute que souvent le tiers pourra invoquer l'article 24 chiffre 4 CO pour se départir du contrat (quoi qu'en pense Pestalozzi, cet article 24 chiffre 4 n'est pas, comme nous le montrerons plus loin³, une panacée permettant de résoudre tous les cas douteux). Dans les cas où ne pourrait être invoquée cette erreur portant « sur des faits que la loyauté commerciale permettait à celui qui se prévaut de son erreur de considérer comme des éléments nécessaires du contrat », il faudrait recourir à la disposition de l'article 28 CO en l'interprétant d'une manière large⁴, c'est-à-dire qu'il faudrait considérer le représenté, non comme un tiers, mais comme un auxiliaire du représentant, partie contractante.

¹ Pestalozzi, op. cit., p. 69-70.

² Idem, p. 68 : Mit dem Auftraggeber tritt der Dritte nicht in direkte Beziehung.

³ Ci-dessous, p. 89 ss.

⁴ A l'appui de sa thèse, Pestalozzi invoque dans la note 167, page 70, une jurisprudence qui ne concerne que des cas dans lesquels le représenté a traité directement avec le tiers, donc sans valeur en ce qui concerne le cas que nous examinons qui est un cas de représentation indirecte.

La solution du cas proposé par Pestalozzi est aisée à trouver, à condition de faire les distinctions qui s'imposent : si le représentant est de mauvaise foi, donc sait ou doit savoir que son mandant agit de manière dolosive à l'égard du tiers, celui-ci est en droit d'invoquer l'article 28 al. 2 CO et d'attaquer le contrat (le représenté est un tiers au sens de cette disposition) ; si le représentant est de bonne foi, le tiers ne peut pas attaquer le contrat (sauf à prouver l'existence d'un autre vice de consentement) et n'a à sa disposition contre le représenté qu'une action basée sur un acte illicite (CO art. 41) ¹.

Ainsi se trouve résolu le problème soulevé par Pestalozzi sans qu'il soit besoin de déroger au principe selon lequel le tiers et le représenté n'entrent pas en rapport directement, puisque le représentant agit en son propre nom lorsqu'il conclut avec le tiers ; les règles ordinaires sont applicables, à savoir l'article 28 CO qui permet au tiers d'invalidier le contrat conclu avec le représentant, ou l'article 41 CO qui donne au premier le droit d'intenter contre le second une action pour acte illicite basée sur cette disposition ; et dans ce cas il s'agit d'une action *ex delicto* et jamais *ex contractu*.

c) *Connaissance par le tiers du rapport représenté - représentant.*

1. Il faut aller encore plus loin dans cette analyse et examiner les cas dans lesquels, bien qu'il n'y ait pas vice du consentement au sens légal de cette expression, le tiers pourrait être tenté d'invoquer une erreur ou une tromperie. Il s'agit des cas dans lesquels le tiers apprend que les effets du contrat qu'il a conclu concernent en réalité une personne avec laquelle il n'aurait peut-être pas accepté de traiter directement (concurrent, etc.).

La question se pose donc de savoir si le tiers peut attaquer le contrat pour le motif que le représenté est son concurrent. Le tiers ne peut dans ce cas faire valoir une erreur sur la personne, puisqu'il a conclu avec le représentant et non avec le représenté. Est-il alors en droit d'invoquer l'erreur prévue par l'article 24 chiffre 4 CO, celle qui « porte sur des faits que la loyauté commerciale permettait à celui qui se prévaut de son erreur de considérer comme des éléments nécessaires du contrat » ?

Pour la doctrine, cette erreur existe lorsque la déclaration de volonté de la partie qui se prévaut de son erreur reposait sur un certain état de fait donné, qui a contribué à former cette déclara-

¹ Cette solution peut paraître choquante en ce sens que le tiers, induit à contracter par le dol du représenté, est obligé de faire une prestation qui est précisément destinée au représenté. En pratique, si la créance acquise par le représentant contre le tiers est cédée au représenté (CO art. 32 al. 3) ou lui est transférée *ex lege* (CO art. 401), le tiers pourra refuser de faire la prestation au représenté tant que celui-ci ne l'aura pas dédommagé (CCS art. 2 : « exceptio doli »).

tion et qui, en réalité, était inexistant ou dépourvu de pertinence : autrement dit, cette personne est partie d'une représentation erronée de la réalité des faits — ces faits constituant un élément essentiel de l'affaire — et s'est déterminée d'après cette représentation ¹.

Il semble possible que, dans certains cas, le tiers puisse valablement invoquer cette erreur pour se soustraire aux effets du contrat conclu avec le représentant, par exemple si le tiers a considéré comme essentiel que son cocontractant agisse bien en son nom personnel pour son propre compte (par exemple, le tiers a déjà refusé une offre du représenté car il ne voulait en aucun cas traiter avec lui) ².

Sauf ces cas, le tiers ne sera pas reçu à invoquer l'erreur de l'article 24 chiffre 4 CO. En effet, si toutes les fois qu'une personne, ayant conclu un contrat avec une autre, pouvait en demander l'invalidation pour la seule raison que son cocontractant a transféré à une tierce personne (qui est son concurrent) les profits et les charges résultant de ce contrat, cette manière de faire créerait la plus grande incertitude dans les transactions commerciales et paralyserait les affaires.

De deux choses l'une : ou bien le tiers sait exactement quelle est la situation du représentant vis-à-vis du représenté, et il accepte de conclure avec le représentant comme seul partenaire, même si le représenté est son concurrent. Ou bien il ignore le rapport de représentation et conclut avec son cocontractant ; si par la suite il apprend que ce dernier agissait pour le compte d'un représenté, le contrat ne peut pas être attaqué, car il n'y a pas vice de consentement. Si l'on admet qu'il y a erreur, il s'agit tout au plus (sauf dans les cas rappelés ci-dessus) d'une erreur sur les motifs, et ces motifs ne sont pas essentiels au sens de l'article 24 chiffre 4 CO, parce que la loyauté commerciale, la bonne foi, les usages ne permettent pas l'annulation en pareil cas. Admettre l'opinion contraire équivaldrait à apporter une grande instabilité dans le commerce,

¹ Oser-Schönenberger, op. cit., ad Art. 24, n° 41, p. 176 ; von Tuhr, CO, I, p. 257 ; Guhl, op. cit., p. 99.

² Pestalozzi, op. cit., p. 67-68, admet que le tiers « pourra exceptionnellement » invoquer l'erreur de l'article 24 chiffre 4. Sinon, pour cet auteur, le tiers ne pourra se protéger qu'en stipulant dans le contrat une restriction au transfert de l'obligation au représenté. Cette restriction, qui, à première vue, semble quelque peu naïve, aurait pour conséquence que le représentant refuserait vraisemblablement de contracter ; dans le cas contraire, en effet, il devrait conserver pour lui des droits ou des obligations dont il ne désirait pas devenir titulaire, surtout s'il a accepté le mandat uniquement dans l'intention de rendre service et à condition de ne devenir que provisoirement créancier des droits et débiteur des obligations issus du contrat. Si d'ailleurs il acceptait la restriction imposée par le tiers, il commettrait une violation de son mandat, qui l'oblige à transférer au représenté les profits et les charges, et il s'exposerait alors à payer des dommages-intérêts au représenté.

si le tiers était en droit d'attaquer le contrat qu'il a conclu avec un autre chaque fois que son concurrent pourrait en retirer indirectement un avantage. Comme il n'y a, par définition, pas vice de consentement dans ces cas (dol, erreur ou crainte fondée), le tiers, qui est libre de conclure comme il l'entend avec le représentant, ainsi qu'il le ferait avec tout autre tiers, n'est pas lésé dans ses droits, et aucune raison ne justifie de lui accorder une protection spéciale.

Cette solution est conforme à la nature même des affaires ; la sécurité du commerce exige qu'un contrat conclu entre deux parties ne puisse pas être attaqué pour la simple raison que les effets juridiques qu'il déploie profitent indirectement à un concurrent de l'une des parties contractantes.

2. Qu'en est-il si le représentant chargé d'agir pour le compte du représenté a affirmé au tiers qu'il agissait pour son propre compte ?

Cette éventualité pourrait en effet se produire si le représenté, ayant déjà essayé de conclure avec le tiers, qui s'y était refusé, chargeait son représentant de passer lui-même le contrat. A notre avis, cette hypothèse est différente de celle indiquée ci-dessus sous chiffre 1, car, bien qu'il y ait erreur sur un élément nécessaire du contrat (le tiers ne veut pas faire d'affaires avec le représenté et il ignore que c'est ce dernier qui, en fin de compte, retirera les profits du contrat conclu par son représentant), cette erreur du tiers a été provoquée par une affirmation fallacieuse du représentant. Il y a donc dol, puisque le représentant a provoqué chez le tiers une erreur qui l'a amené à conclure un contrat ; l'article 28 CO est applicable.

La solution est la même si le représentant, au lieu de dire qu'il agit pour son propre compte, affirme agir pour le compte d'un autre que le véritable représenté. Son dessein est, en effet, ici aussi, d'amener le tiers à conclure en lui donnant de fausses indications.

3. Le représentant, dans certaines circonstances, a-t-il l'obligation de révéler au tiers qu'il agit pour le compte du représenté ?

Il nous semble que cette hypothèse ne peut se réaliser que dans des cas où la non-révélation du rapport de représentation indirecte aurait pour conséquence de causer un préjudice au tiers qui traite avec le représentant ; celui-ci aurait l'obligation de révéler au tiers qu'il agit pour le compte d'une autre personne, sous peine de se rendre coupable, vis-à-vis de lui, d'un dol par réticence que la doctrine assimile au dol ordinaire¹. En effet, à supposer que le représentant ait l'obligation de révéler qu'il agit pour le compte d'une tierce personne, il viole cette obligation en taisant ce fait,

¹ Von Tuhr, CO, I, p. 265-266 ; Oser-Schönenberger, op. cit., ad Art. 28, nos 3 et 7, p. 191-192.

de sorte que son partenaire est en droit de demander l'annulation du contrat ainsi conclu sur la base de l'article 28 CO.

d) *Bonne foi des contractants.*

Après avoir achevé l'étude des vices du consentement qui peuvent invalider le contrat conclu entre représentant et tiers, il faut examiner les éventualités dans lesquelles certains effets juridiques de ce contrat dépendent de la connaissance par l'une des parties contractantes de certains faits. On peut, en effet, se demander si le représentant est en droit d'attaquer le contrat (par exemple, d'exercer l'action rédhibitoire de l'article 205 CO) si le représenté avait — ou aurait dû avoir — connaissance des défauts de la chose vendue par le tiers, alors que lui-même, représentant, les ignorait ? Ou, inversement, quels sont les droits du représenté si le représentant connaissait — ou aurait dû connaître — ces défauts, alors que le représenté les ignorait ?

Schlossmann, examinant la première question¹, déclare exclue l'action rédhibitoire ; nous pensons qu'il a raison. En effet, puisque l'affaire a été conclue entre le tiers et le représentant exclusivement, le représenté ne peut s'en prendre qu'à lui-même s'il doit payer au prix normal un objet déprécié ; il lui appartenait d'instruire son représentant s'il avait connaissance des défauts que présentait cet objet². Notre solution sera la même dans le second cas ; si le représentant a sciemment acquis un objet présentant des défauts au prix d'un objet sans défaut, le tiers n'a pas à supporter les effets de la négligence du représentant ; là encore il appartenait au représenté de bien choisir son intermédiaire : le premier pourra d'ailleurs réclamer au second la réparation du dommage qu'il subit sur la base du contrat qui les unit.

De même en ce qui concerne la bonne foi : si le représentant est de bonne foi, celle-ci déploie ses effets et le contrat conclu avec le tiers sera valable, même si le représenté était de mauvaise foi ; à l'inverse, le contrat ne sera pas attaquant, si le représentant n'était pas de bonne foi, quand bien même le représenté eût été de bonne foi.

En conclusion de ces considérations relatives aux vices du consentement et à la bonne foi, l'on peut dire que les règles ordinaires qui les régissent sont applicables telles quelles dans la représentation indirecte ; la situation juridique de chacune des parties inté-

¹ Schlossmann, op. cit., II, p. 409 ss.

² Nous rejoignons ici la solution du § 166 al. 2 BGB, préconisée pour la représentation directe.

ressées est simple et ne complique pas l'application de ces règles¹, puisque le représenté ne joue aucun rôle dans la formation du contrat entre son représentant et le tiers.

e) *Lieu d'exécution du contrat.*

Il reste à examiner, du point de vue que nous avons adopté et qui correspond à la situation de fait, c'est-à-dire en considérant que la conclusion du contrat dépend de la personne du représentant, la question du lieu de conclusion et d'exécution du contrat.

Cette matière n'appelle pas de long commentaire. Comme le représentant entre seul en rapport avec le tiers, à l'exclusion du représenté, il faudra seul le prendre en considération lorsqu'il s'agira de déterminer si le contrat a été conclu entre parties présentes ou absentes (CO art. 4 et 5).

De même en ce qui concerne le lieu d'exécution du contrat (CO art. 74). Pestalozzi² remarque que le lieu où le contrat conclu avec le tiers (Ausführungsgeschäft) doit être exécuté est également le lieu d'exécution du contrat qui lie représenté et représentant (Grundgeschäft). Cette affirmation n'est pas exacte dans tous les cas, puisque les parties sont libres de déterminer le lieu d'exécution et puisqu'il y a en réalité deux actes juridiques, deux contrats indépendants ayant un contenu différent³. Par exemple, B à Genève vend en son propre nom à un client C à Lausanne dix tonnes de sucre pour le compte de son commettant A à Zurich ; A et B peuvent avoir convenu que le lieu d'exécution pour les obligations qui découlent du contrat de commission qui les lie serait Zurich, tandis qu'à défaut de stipulations précises à ce sujet entre B et C, le contrat de vente qu'ils ont conclu sera, en vertu de l'article 74 CO, exécutable à Genève, domicile du débiteur.

* * *

II. De la situation juridique du tiers.

La situation juridique du tiers dans le contrat qu'il conclut avec le représentant est, au premier abord, fort simple. En effet, il agit, lui, en son propre nom et pour son propre compte ; il est par conséquent libre dans ses décisions, car il n'agit pas avec le souci d'avoir

¹ Remarquons que la situation est beaucoup plus complexe en ce qui concerne la représentation directe ; elle exige de nombreux développements en raison de la présence constante du représenté dans l'acte accompli par le représentant avec le tiers (cf. von Tuhr, CO, I, p. 314, chiffre 4).

² Pestalozzi, op. cit., p. 70.

³ Nous envisageons ici les cas de représentation indirecte dans lesquels le tiers exécuté avec le représentant le contrat qui les lie, puis celui-ci exécute ensuite avec le représenté le contrat (mandat ou autre) qu'ils ont conclu.

les intérêts d'autrui à défendre (à moins bien entendu qu'il ne soit lui-même représentant indirect d'un quatrième sujet de droit, situation que nous n'envisagerons pas dans notre étude ; notons simplement ici que cette éventualité ne modifie pas le rapport de représentation indirecte, tel que nous l'avons exposé ; il conviendra seulement d'appliquer au tiers *mutatis mutandis* ce que nous avons dit du représentant indirect).

L'indépendance dont jouit le représentant à l'égard du représenté quant à la conclusion de l'affaire a pour corollaire, en ce qui concerne le tiers, de le mettre en présence du seul représentant. Même si le tiers est au courant du rapport de représentation, il ne peut prendre en considération que le crédit du représentant, son patrimoine, les sûretés qu'il peut offrir, etc. S'il concluait un acte juridique en considération de la personne et de la situation du représenté, il le ferait à ses risques et périls, car la loi ne lui accorde aucune action directe contre ce dernier. Comme le remarque très justement Pestalozzi¹, il n'y a aucune raison d'avantager le tiers par rapport à un autre contractant pour le motif qu'il a affaire à un représentant indirect.

Il peut arriver que le représentant, désireux de limiter sa responsabilité, convienne avec le tiers de la restreindre à un certain montant ou à la valeur des choses que le représenté lui a confiées ou lui confiera à l'avenir². Même dans ce cas, le tiers n'acquiert aucun droit direct contre le représenté ; il lui appartiendra donc d'agir avec prudence si le représentant lui propose de restreindre sa responsabilité.

Cette absence de tout rapport juridique direct entre le tiers et le représenté, admise aujourd'hui par la doctrine³, est une notion relativement moderne.

Comme on l'a vu dans la première partie de cette étude, les pandectistes allemands, influencés par Schlossmann et Mitteis, ont eu beaucoup de peine à l'admettre. Ihering fait toutefois exception ; il a en effet exposé la théorie de la représentation indirecte d'une manière fort remarquable, ce qui l'a naturellement conduit à reconnaître l'indépendance du représentant, indépendance dont la conséquence est de supprimer tout rapport direct entre le tiers et le représenté⁴.

Müller-Erzbach est hésitant, car il a été fortement impressionné par la violente attaque de Schlossmann contre la représentation

¹ Pestalozzi, op. cit., p. 76.

² Cf. Schless, op. cit., p. 89-90, sur l'étendue de la responsabilité du représentant et les restrictions qu'il peut y apporter.

³ Pestalozzi, ibidem, p. 68 : « Mit dem Auftraggeber tritt der Dritte nicht in direkte Beziehung » ; également p. 77 ; Schless, ibidem, p. 89.

⁴ Ihering, Mitwirkung, p. 345.

indirecte ; mais il reconnaît tout de même que celle-ci est une institution qui possède un caractère propre. Il construit donc, comme on l'a vu, une théorie mixte, très influencée par la représentation directe, en prenant comme point de départ l'intérêt de chaque partie en présence¹. Il est intéressant de reprendre ici certains points de sa théorie d'un peu plus près, car il l'a construite principalement en considération des dangers que, selon lui, courrait le tiers si aucun rapport juridique direct ne le liait au représenté.

En vue de parer à ces dangers (en particulier au risque dont le tiers aurait à supporter les conséquences en cas d'insolvabilité ou de faillite du représentant), Müller-Erzbach aboutit à la conclusion qu'il faut admettre un rapport direct entre tiers et représenté. Il trouve la justification de ce rapport direct dans le fait que « le représenté a donné mandat de pénétrer dans la sphère patrimoniale du tiers »², mandat dont on peut assimiler les effets à ceux de la procuration dans la représentation directe. Mais, pour cet auteur, même si le tiers et le représenté entrent en rapport juridique direct, le représentant conserve des fonctions importantes : comme il conclut en son propre nom avec le tiers, sur son propre crédit, il doit être responsable également vis-à-vis de celui-ci. Ainsi le tiers a en face de lui deux responsables non solidaires³, le représenté que Müller-Erzbach qualifie de débiteur principal, et le représentant, débiteur accessoire. Il précise enfin qu'il n'y aura un rapport de représentation indirecte que dans les cas où les contractants (tiers et représenté) ont voulu une coobligation (*Mitverpflichtung*) du représentant, ce qu'il faudra admettre en cas de doute⁴.

Il est curieux de constater qu'un auteur qui prétend partir de la situation de fait, d'un donné matériel, tel que les intérêts des parties en cause, puisse aboutir à un résultat essentiellement théorique, et d'ailleurs difficilement soutenable juridiquement parlant. Dans la grande majorité des cas, en effet, les parties, c'est-à-dire, pour Müller-Erzbach, le représenté et le tiers (et non le représentant) ne se soucieront pas de savoir si, au point de vue juridique, le représentant sera coobligé dans l'acte juridique qui sera accompli⁵ ; elles envisageront bien plutôt le point de vue commercial de l'affaire : le représenté donnera mandat au représentant d'entreprendre telle affaire, parce que ce dernier sera à même de la

¹ Müller-Erzbach, op. cit., p. 22 ss., 30 ss. ; voir aussi ci-dessus p. 14.

² Ibidem, p. 30.

³ Le § 427 BGB n'admet en effet pas la solidarité dans un tel cas.

⁴ Cet auteur voit là un critère meilleur que celui de savoir si l'on a conclu en son propre nom ou au nom d'autrui pour déterminer s'il y a représentation directe ou indirecte.

⁵ Dans le même sens, Fischbach, op. cit., p. 274, note 5 a *in fine*, qui considère qu'il ne s'agit pas là d'un critère objectif.

conclure dans de bonnes conditions de par sa situation dans les affaires ; le représentant, lui, acceptera le mandat, soit parce qu'il y trouve un intérêt personnel (commission à toucher), soit pour rendre service au représenté. Et l'on est bien obligé de reconnaître — contrairement à l'opinion de Müller-Erzbach, qui fait de lui le cocontractant du représenté — que le tiers ne joue aucun rôle actif dans ce processus, ni ne participe à la naissance du rapport de représentation indirecte.

Il est presque inutile d'ajouter que la théorie de Müller-Erzbach n'a pas été adoptée, ni par la doctrine allemande, ni par la doctrine suisse¹, ni, à notre connaissance, par la jurisprudence. Elle est donc restée sans influence, alors que prévalait l'opinion contraire, à savoir que le représenté n'intervient pas dans le contrat conclu entre son représentant et le tiers. Ainsi, ces deux sujets de droit sont seuls liés par un rapport juridique.

§ 2. De la possibilité accordée au représentant indirect d'intervenir dans le contrat (contrat avec soi-même)

En vertu du mandat qui lui a été confié, le représentant indirect est obligé de gérer l'affaire dont il a été chargé ou de rendre les services qu'il a promis » (CO art. 394 al. 1). Comme on l'a déjà vu plus haut², l'exécution d'un tel mandat consiste le plus souvent en la passation d'un acte juridique avec un tiers, mais il est des cas dans lesquels le représentant indirect est en droit de faire la contre-partie en réunissant dans sa personne les qualités de représentant et d'acquéreur ou de vendeur.

La possibilité pour un représentant indirect de conclure avec soi-même a été et est encore fort discutée³.

¹ Il est toutefois intéressant de noter qu'en droit français Pothier avait déjà soutenu une thèse analogue, citée et approuvée par *Lerebours-Pigeonnière*, op. cit., n° 92, p. 207-208 (cf. *Pothier*, Oeuvres, V, p. 207, n° 88 : Lorsque c'est en son propre nom qu'il (le mandataire) a contracté, et non pas en sa seule qualité de mandataire d'un tel, procureur ou fondé de procuration d'un tel, c'est, en ce cas, le mandataire qui s'oblige envers ceux avec lesquels il a contracté ; c'est lui qui se rend leur débiteur principal. Mais il oblige conjointement avec lui son mandant, pour l'affaire duquel il paraît que l'affaire se fait : le mandant, en ce cas, est censé accéder à toutes les obligations que le mandataire contracte pour son affaire ; et de cette obligation accessoire du mandant, naît une obligation qu'on appelle « utilis institoria », qu'ont contre le mandant ceux avec lesquels le mandataire a contracté pour l'affaire du mandant).

² Pages 59 ss.

³ La plus récente étude sur ce sujet est la thèse de M. F. Gilliard, Lausanne 1946 : « Le contrat avec soi-même ». Cet auteur a conçu d'une manière remarquable cette étude « de droit comparé et de science juridique pure ». Nous renvoyons à son ouvrage en ce qui concerne les diverses théories émises sur cette question.

En droit allemand, bien que la représentation indirecte n'ait été ni codifiée ni réglementée, le contrat avec soi-même du représentant indirect est admis par certains auteurs ; une grande partie de la doctrine refuse toutefois de reconnaître au représentant indirect le droit de conclure avec lui-même, en s'appuyant sur le § 181 BGB qui interdit un tel acte au représentant direct¹ ; sa teneur est la suivante : « Un représentant ne peut, tant que permission ne lui a pas été donnée d'agir autrement, accomplir, au nom du représenté, un acte juridique avec lui-même, soit agissant en son propre nom, soit agissant comme représentant d'un tiers, à moins que l'acte juridique ne consiste exclusivement dans l'exécution d'un engagement ». Le code de commerce allemand (HGB § 400) a par contre admis, comme le fera le droit suisse (CO art. 436), que dans un contrat de commission, le commissionnaire, qui agit en son propre nom, a le droit de faire la contre-partie² ; c'est le « *Selbsteintritt* » de la doctrine allemande³.

* * *

La contre-partie du commissionnaire est-elle un contrat avec soi-même ? Au sens large, ce contrat, selon la définition qu'en donne Gilliard⁴, est un acte juridique accompli par une personne ou un groupe de personnes exerçant simultanément et de façon correspondante un droit propre et un pouvoir (contrat avec soi-même au sens strict), deux pouvoirs (cumul de pouvoirs ou « *duplex persona* ») ou deux droits propres.

Deux auteurs ont assimilé la contre-partie du commissionnaire au contrat avec soi-même.

Grünhut⁵ considère que le commissionnaire qui fait la contre-partie accomplit un contrat avec soi-même ; en effet, le commissionnaire possède le droit alternatif de conclure, soit avec un tiers, soit avec lui-même dans le cadre de son autonomie, « comme s'il unissait en sa personne la double qualité de vendeur et d'acheteur » (als ob er in seiner Person die doppelte Eigenschaft des Käufers und des Verkäufers vereinige). Toutefois ces deux fonctions d'acheteur et de vendeur doivent être juridiquement complètement sépa-

¹ Cf. Gilliard, *ibidem*, p. 125.

² Le droit français n'admet pas le droit pour le commissionnaire de faire la contre-partie (Dalloz, Nouveau répertoire, article Commissionnaire, n° 9, p. 561) ; cf. également Gilliard, *ibidem*, p. 154 ss.

³ Gilliard, *ibidem*, p. 245 ss., fait une analyse détaillée de la contre-partie du commissionnaire.

⁴ Idem, p. 223.

⁵ Grünhut, *Das Recht des Commissionshandels*, p. 468-469, 483-487 ; Weidmann, *Das Selbsteintritt des Kommissionärs*, p. 52-54, qualifie cette théorie de théorie de la commission, par rapport à celle de von Hahn (cf. ci-dessous), théorie qui combine la vente et la commission.

rées ; Gilliard ¹ complète à ce propos cette théorie en précisant que la confusion des patrimoines doit n'être que momentanée, comme le cumul des deux qualités n'est que temporaire. En outre, pour Grünhut, le rapport juridique entre représentant et représenté demeure inchangé ; entre eux ne naît aucune action propre au contrat de vente.

Cette théorie, ainsi que le relève Gilliard, permet de démontrer la possibilité du contrat avec soi-même du représentant direct, mais elle ne nous paraît pas propre à pouvoir expliquer la contre-partie du commissionnaire. En effet, pour Grünhut, ce contrat implique une déclaration de volonté des deux intéressés ; or le commissionnaire, unissant en lui ces deux personnes, devrait s'adresser à lui-même deux déclarations de volonté. Une analyse plus complète de la situation juridique montre bien plutôt que l'on ne se trouve en présence que d'une seule manifestation de volonté que le commissionnaire s'adresse à lui-même, puisqu'il se trouve de par sa qualité de représentant indirect vendeur ou acheteur en son propre nom : en décidant de faire lui-même la contre-partie, il ne fait qu'une déclaration unilatérale de volonté.

Le second auteur, von Hahn, expose sa théorie de la manière suivante ² : Lorsque le commissionnaire fait la contre-partie, le contrat qui constitue l'exécution de la commission sera conclu comme vente entre le commettant et le commissionnaire ; les principes relatifs à la vente seront applicables à ce contrat (*Meine Konstruktion dagegen ist die, dass durch den Eintritt des Kommissionärs als Selbstkontrahent der zur Ausführung der Kommission dienende Vertrag als Kauf zwischen Kommittent und Kommissionär abgeschlossen wird, dass daher auch für diesen Vertrag die Grundsätze über Kauf massgebend sind*). Mais, pour von Hahn, il ne peut y avoir contrat que si les sujets de droits atteints directement par les effets du contrat sont différents ; de ce principe il résulte que l'intention qu'a une personne de conclure une affaire juridique avec elle-même de telle sorte qu'elle agisse d'une part pour son propre compte, et d'autre part pour le compte d'autrui, est irréalisable dès qu'elle agit en son propre nom de part et d'autre. Ainsi le but que poursuit le commissionnaire ne peut être atteint qu'en introduisant le commettant dans le rapport juridique qui constitue l'exécution du contrat de commission pour qu'il y figure comme contractant ; autrement dit, le commissionnaire devra agir au nom du commettant. Le contrat de vente conclu ne prend pas la place du contrat de commission, mais il apparaît comme son exécution.

¹ Gilliard, op. cit., p. 251.

² Von Hahn, Beitrag zur Lehre vom Kommissions-Geschäft, spécialement p. 2-4.

Comme le pense Gilliard¹, il semble bien que von Hahn considère que le commissionnaire contre-partiste conclut un contrat avec soi-même en qualité de représentant direct du commettant. Cette théorie, si elle reconnaît à juste titre que le contrat de vente qui est conclu entre les deux intéressés ne supprime pas le rapport de commission initial, méconnaît, à notre avis, le caractère propre de la représentation indirecte. Le commettant, en chargeant un commissionnaire de gérer son affaire, a manifesté ainsi sa volonté de ne pas être engagé directement ; peu lui importe donc que pour exécuter son mandat le commissionnaire conclue avec un tiers ou avec lui-même, pourvu que le résultat désiré soit atteint. Admettre dans ces conditions que le commissionnaire puisse agir indifféremment en son propre nom ou au nom du commettant, c'est enlever toute influence à la volonté déclarée de ce dernier, dans la seule intention de bâtir une théorie juridique extrêmement abstraite.

Poursuivant son étude, Gilliard relève que la contre-partie du commissionnaire ne peut pas être assimilée au contrat avec soi-même, et, recherchant la qualification juridique exacte de cette première notion, il aboutit à la conclusion qu'il s'agit dans les législations allemande et suisse d'un acte unilatéral accompli exclusivement par le commissionnaire en son nom personnel, et non d'un contrat avec soi-même où le commissionnaire agirait à la fois à titre personnel et en qualité de représentant direct du commettant »². Poussant plus loin son analyse et se ralliant à la théorie de von Tuhr sur les droits formateurs³, Gilliard conclut que le « *Selbsteintritt* » est un acte unilatéral soumis à réception ; « ainsi la contre-partie n'est ni un contrat avec soi-même, ni l'acceptation d'une offre, mais un acte juridique unilatéral (*ein einseitiges Rechtsgeschäft*), que le commissionnaire accomplit dans le cadre de son autonomie. La faculté de se porter contre-partie est attachée directement par la loi à la qualité de commissionnaire »⁴.

Après avoir ainsi qualifié juridiquement la contre-partie du commissionnaire, Gilliard élargit sa recherche en se demandant si « les conclusions qui se dégagent de l'étude du « *Selbsteintritt* » du commissionnaire peuvent être étendues à tout contrat avec soi-même accompli par un représentant indirect »⁵. Selon lui, les deux théories

¹ Gilliard, op. cit., p. 252-253 ; cet auteur a relevé la difficulté d'interprétation de la théorie de von Hahn.

² Idem, p. 253.

³ Von Tuhr, CO, I, p. 19-20 : « On entend par *Gestaltungsrecht*, « droit formateur », la faculté appartenant à une personne, en raison d'une situation juridique spéciale, de produire, par sa seule volonté, un effet juridique ».

⁴ Gilliard, op. cit., p. 254.

⁵ Idem, p. 255.

de Grünhut et de von Hahn permettent de construire juridiquement le contrat avec soi-même du représentant indirect, celle de Grünhut qui empêche la confusion de produire ses effets normaux et autorise le représentant direct à contracter avec soi-même dans le cadre de son autonomie¹, et celle de von Hahn parce qu'elle admet que le représentant indirect se transforme en représentant direct pour contracter avec soi-même.

Gilliard admet donc que les conclusions qui se dégagent de l'étude de la contre-partie du commissionnaire peuvent être étendues à tout contrat avec soi-même du représentant indirect, à condition que la loi ou la jurisprudence permette ce contrat. Ainsi, celui-ci sera parfois illicite, mais jamais logiquement impossible.

* * *

Qu'en est-il en droit suisse du contrat avec soi-même du représentant indirect ?

En principe, rien ne s'oppose à l'admission d'un tel contrat² ; le législateur n'a, en effet, pas adopté de disposition semblable à celle du § 181 BGB.

Pour bien situer le problème, reprenons l'exemple donné par Gilliard dans l'introduction de son ouvrage³ : X charge R, son représentant indirect, de vendre certaines marchandises. Si R a besoin de marchandises semblables, il se demandera : « Ne puis-je pas me vendre à moi-même ces marchandises, en cumulant les qualités de vendeur et d'acheteur ? Le prix que je devrai verser, j'en répondrai envers le représenté par l'action du mandat. X ne sera donc pas lésé. » (Remarquons en passant que Gilliard a formulé son exemple d'une manière générale, sans le limiter au seul cas du commissionnaire ; il est à notre avis exact d'envisager ainsi le problème.)

En partant de cette donnée concrète, on peut faire le raisonnement suivant pour déterminer sa qualification juridique :

Tout représentant indirect (commissionnaire ou autre) agit, vis-à-vis du tiers, comme toute personne agissant en son propre nom et pour son propre compte. S'il conclut avec un tiers, ce représentant agit librement dans les limites de son mandat, étant personnellement maître du contrat ; le tiers n'entre pas en relation directe avec le représenté ; seul, le représentant devra rendre compte de l'exécution de son mandat envers son mandant, c'est-à-dire lui transférer les profits et les charges issus du contrat conclu avec le tiers.

¹ Gilliard précise qu'un tel contrat, bien qu'accompli à l'intérieur d'une seule sphère juridique aura néanmoins un contenu juridiquement possible, puisque le représenté devra relever le représentant indirect des conséquences de ce contrat avec soi-même.

² Cf. sur la position du droit suisse, Gilliard, *ibidem*, p. 164 ss.

³ *Idem*, p. 7.

En chargeant son représentant d'agir en son propre nom, le représenté ne se soucie en général pas que son représentant conclue avec tel ou tel tiers ou avec lui-même s'il le désire (à moins d'instructions contraires), pourvu que le résultat désiré soit atteint. Lorsqu'il fait la contre-partie, le représentant indirect prend lui-même la place du tiers par une manifestation unilatérale de volonté.

Le droit suisse permet que certaines manifestations de volonté accomplies par un sujet de droit créent des effets juridiques. Von Tuhr, nous l'avons dit ci-dessus¹, parle de droits formateurs, au nombre desquels il range expressément la contre-partie du commissionnaire, dont l'exercice modifie un rapport juridique². Oser-Schönenberger³ et le Tribunal fédéral⁴ se sont ralliés à cette manière d'expliquer les effets de la contre-partie du commissionnaire.

Nous rejoignons donc ici Gilliard, qui fait du contrat avec soi-même un acte unilatéral « sui generis »⁵ ; nous pensons d'une part que cette argumentation vaut pour tous les cas dans lesquels un représentant indirect décide de faire la contre-partie. Ainsi, par une déclaration de volonté, le représentant indirect crée un rapport de droit, analogue au contrat de vente, d'achat, etc. qu'il aurait conclu avec un tiers (alors que dans la représentation directe le représentant manifeste deux déclarations de volonté). Les deux qualités de vendeur et d'acheteur sont unies en sa personne. S'il n'y a pas de contrat au sens technique du mot (accord résultant d'un échange réciproque et concordant des manifestations de volonté, CO art. 1), on peut admettre qu'il y a fiction légale d'un contrat, généralement d'un rapport de vente (CO art. 436 al. 3).

D'autre part, le rapport juridique de base qui lie le représenté au représentant reste intact ; c'est donc comme représentant, en vertu du contrat interne, que le représentant indirect aura à répondre de ses actes vis-à-vis du représenté, exactement comme s'il avait conclu avec un tiers. Cependant, puisque représenté et représentant sont devenus, de par l'intervention, également cocontractants d'un nouveau contrat (vente ou autre), les règles spéciales de ce contrat seront applicables (par exemple, en ce qui concerne la garantie des défauts).

La réfutation de la thèse soutenue par Pestalozzi nous permettra de préciser encore notre pensée ; il affirme⁶ que si le repré-

¹ Ci-dessus, p. 99.

² Von Tuhr, CO, I, p. 20.

³ Oser-Schönenberger, op. cit., ad Art. 436, n° 3, p. 1588-1589.

⁴ RO 59 II 245 = JdT 1934 I 42.

⁵ Gilliard, op. cit., p. 260 et 264. Selon lui, p. 260-261, il s'agit là d'une catégorie nouvelle d'actes formateurs : cas dans lesquels une personne joue un double rôle.

⁶ Pestalozzi, op. cit., p. 66-67.

sentant indirect accomplit son mandat en faisant un acte juridique sans entrer en relation avec un tiers, il n'y a plus représentation indirecte ; c'est le cas, dit-il, lorsque le commissionnaire fait usage de son droit d'intervenir au contrat (CO art. 436). La loi considère ce droit d'intervention (Selbsteintritt) comme l'exécution du contrat (CO art. 436 al. 2), mais elle le règle comme s'il s'agissait d'un contrat de vente (CO art. 436 al. 3). Ce droit d'intervenir au contrat ne peut être exercé qu'à l'occasion d'un contrat de commission, étant exclu pour tous les autres cas de représentation indirecte. « L'effet principal de la déclaration du représentant qu'il fait de l'affaire du représenté sa propre affaire est de limiter son obligation de rendre compte. Il assume par là le risque tout entier et se trouve seul vis-à-vis du commettant. Par l'absence de tout tiers à l'égard de qui le représentant pourrait intervenir comme représentant indirect, cette « exécution » du contrat de commission sort du cadre de la représentation indirecte, qui exige un troisième sujet de droit. » Et un peu plus loin : « Un acte juridique unilatéral est exclu en tant qu'exécution d'un contrat de commission. »

Pestalozzi estime donc avoir résolu le problème au moyen d'une pétition de principe, selon laquelle il n'y a représentation indirecte que s'il y a un tiers avec lequel contracte le représentant ; le droit d'intervenir au contrat ne peut d'autre part être exercé que dans un contrat de commission, et dans ce cas il y a alors vente.

A notre avis, Pestalozzi confond deux notions : celle de représentation indirecte et celle du droit pour un représentant de faire la contre-partie. La première, comme il l'a lui-même définie¹, suppose l'intervention d'une personne agissant en son propre nom pour le compte d'autrui ; il faut donc au moins deux sujets de droit pour qu'il y ait représentation indirecte. Or, Pestalozzi, dans le passage que nous venons de citer, exige qu'un troisième sujet de droit intervienne dans le rapport de représentation indirecte ; il introduit ainsi une nouvelle condition à côté des deux autres qui ont déjà été examinées : l'action en son propre nom et l'action pour le compte d'autrui, et il exclut du domaine de la représentation indirecte les cas dans lesquels le représentant fait la contre-partie. La seconde notion que méconnaît Pestalozzi est celle du droit d'intervention, qui, comme on l'a vu, est un droit formateur ; en accomplissant un tel acte, le représentant indirect ne sort pas du rôle qu'il est appelé à jouer, puisqu'il peut agir en son propre nom en même temps que pour le compte d'autrui. Personnellement, nous estimons que le représentant indirect, quel qu'il soit, devrait, d'une manière générale, être autorisé à faire la contre-partie, sous la seule réserve des cas dans lesquels où, ce faisant, il léserait les intérêts

¹ Ci-dessus, p. 41.

du représenté. Actuellement, le code des obligations n'autorise l'exercice d'un tel droit formateur que dans le cadre du contrat de commission et sous certaines conditions énumérées par l'article 436 CO ; la contre-partie du représentant indirect est donc concevable, même si elle n'est pas licite.

Il faut se garder de confondre ces deux notions (représentation indirecte et droit de faire la contre-partie), sous peine de méconnaître le véritable caractère de la représentation indirecte en exigeant la présence d'un troisième sujet de droit.

Certes, nous concédons à Pestalozzi que les cas dans lesquels un représentant conclut le contrat avec soi-même sont peu fréquents et ne se rencontrent guère qu'en matière d'affaires commerciales (contrats de commission), de sorte que les cas où intervient un tiers sont au contraire les plus usuels. Il n'en reste pas moins que tous ces cas peuvent et doivent être traités identiquement. Il faut, en effet, admettre qu'il y a représentation indirecte même si le représentant fait usage de son droit d'intervention (ou, si l'on préfère, conclut avec soi-même) ; le représenté a volontairement choisi ce moyen juridique pour arriver à ses fins : il a considéré que son représentant devait être libre d'agir dans le cadre du mandat qui lui est donné, pourvu qu'il fasse l'affaire pour son compte à lui, représenté. Ce que celui-ci a voulu, c'est n'avoir en face de lui que ce représentant qu'il connaît, et non, par exemple, un tiers qui achète ou vend la marchandise. Pour quel motif juridique impératif considérerait-on qu'il faille transformer la situation juridique du représentant, s'il réunit en lui les qualités de représentant et de tiers ? Vis-à-vis du représenté, il est et reste un mandataire, obligé de lui transférer les profits et les charges issus, soit du contrat conclu avec le tiers, soit de l'acte juridique unilatéral qui a fait de lui le tiers en même temps que le représentant¹.

Qu'en est-il cependant de l'objection faite par Pestalozzi selon laquelle, en droit suisse, les règles concernant le contrat de vente sont applicables au contrat dès que le commissionnaire a indiqué son intention d'intervenir au contrat ?

Son interprétation est certes conforme à l'article 436 al. 3 CO. Mais si l'on examine attentivement la situation, on fait les constatations suivantes : les effets du droit d'intervention sont de deux

¹ Il est bien entendu que cette possibilité n'est donnée au représentant que dans les cas où l'objet et le genre du contrat le permettent et si aucune instruction du représenté ne s'y oppose. C'est pour cette raison que nous n'estimons pas devoir faire une distinction entre commission et autres contrats à la base de la représentation indirecte ; il est certain qu'il s'agira le plus souvent de contrats de commission. Mais, encore une fois, pour quel motif faudrait-il limiter ce droit du représentant indirect à ces seuls cas si l'objet du contrat rend ce droit possible dans d'autres cas ?

sortes, selon les alinéas 2 et 3 de cette disposition. Si les règles sur la vente sont applicables relativement aux qualités de la chose, à ses vices¹, les règles sur le contrat de commission ont une portée beaucoup plus étendue : fixation du lieu d'exécution, paiement de la commission convenue² et remboursement des frais³, etc. Il semble donc bien que, même dans le cas où le commissionnaire fait la contre-partie, l'affaire demeure soumise plutôt aux règles sur le contrat de commission qu'à celles régissant le contrat de vente⁴. En effet, que le représentant indirect conclue avec un tiers, ou avec lui-même, il s'agit, dans les deux hypothèses, de l'exécution du mandat qu'il a assumé ; ainsi les droits et obligations du représentant et du représenté continuent, après l'exécution de ce mandat, à être régis par le rapport de base.

Par là se trouve confirmé notre point de vue selon lequel le représentant indirect qui fait usage du droit formateur lui permettant d'intervenir au contrat conserve, vis-à-vis du représenté, sa qualité de représentant indirect.

§ 3. De l'exécution du contrat externe

L'exécution normale du contrat conclu par le représentant et le tiers ne soulève pas de difficultés ; les normes générales sont applicables. Il suffit de rappeler que sont seuls en présence ces deux sujets de droit ; la compensation est normalement admise entre eux, de sorte que le tiers est en droit de compenser sa dette envers le représentant s'il possède une créance contre lui⁵ ; il ne peut agir ainsi à l'égard du représenté, même s'il connaît son identité (sauf en cas de cession légale, art. 401 CO).

* * *

Dans le cas où le représentant acquiert pour le compte du représenté des objets mobiliers⁶ certains auteurs se sont demandés si le représentant les acquiert personnellement, vu sa qualité de représentant indirect, ou s'il ne rend pas le représenté immédiatement

¹ Oser-Schönenberger, op. cit., ad Art. 436, n° 15 a, p. 1593.

² Ce droit à la commission que la loi conserve au commissionnaire contrepartiste confirme notre théorie, à savoir que le contrat de base représenté - représentat reste inchangé.

³ Oser-Schönenberger, ibidem, n° 15 c et d.

⁴ Weidmann, op. cit., p. 55-56. Cette même référence est donnée, à tort à notre avis, par Pestalozzi, op. cit., p. 66, note 155, pour corroborer sa thèse de l'absence de représentation indirecte en cas de contre-partie du commissionnaire.

⁵ Pestalozzi, op. cit., p. 76.

⁶ L'acquisition par le représentant d'immeubles et de créances pour le compte du représenté sera examinée plus bas, à propos des effets de la faillite du représentant (cf. ci-dessous, p. 126 ss.).

propriétaire de ces objets qu'il doit lui transférer par la suite. Ce problème doit, en effet, être envisagé, puisque l'article 32 alinéa 2 *in fine* du code des obligations a admis, comme on l'a vu plus haut¹, que l'« animus incertus » du tiers créait un rapport juridique entre lui et le représenté.

C'est von Tuhr qui, le premier, a exposé le problème² : « L'article 32 II *in fine* prend une importance considérable en matière de vente mobilière et de cession de créances. D'ordinaire, il importe peu au vendeur que l'acheteur acquière la chose ou la créance pour lui-même ou que, par une représentation tacite, il la procure à un tiers. L'aliénation faite « solvendi causa » éteint la dette même si, à l'insu du débiteur, le créancier acquiert pour le compte d'une autre personne la chose livrée ou la créance cédée. De même, la donation est parfaite quand le donataire, sans faire connaître qu'il représente une autre personne, la rend propriétaire de la chose donnée, conformément à l'article 32 II. Cette faculté de procurer la propriété à un tiers sans passer l'acte d'acquisition au nom de celui-ci revêt une importance particulière pour la question controversée de l'acquisition de la propriété par le mandant et spécialement par le commettant. Comme le commissionnaire acquiert en son propre nom, on est tenté de lui reconnaître également la propriété de la chose acquise. C'était là le point de vue de l'ancien CO, qui, à l'article 399 (actuellement 401) alinéa III, accordait au mandant un droit de revendication (Aussonderungsrecht) dans la faillite du mandataire ; il ne serait pas nécessaire, ni même possible, de lui conférer ce droit s'il avait déjà la propriété de la chose. Cet article 399 III a été repris sans changement par le CO révisé à l'article 401 III, mais il a beaucoup perdu de son importance au regard de l'article 32 II *in fine*. En effet, la personne de l'acquéreur est, en général, indifférente au vendeur ; le mandataire peut donc, même s'il agit en son propre nom, acquérir la chose pour le mandant. On présumera, chez le mandataire, la volonté nécessaire à cet effet puisqu'il remplit ainsi une obligation découlant pour lui du mandat. Toutefois, la propriété ne passe directement au mandant que si la chose acquise pour lui par le mandataire est bien celle que prévoit le mandat. Si la chose fait partie d'une série d'objets du même genre acquis par le mandataire, la propriété ne passera au mandant que dès la séparation de la chose qui lui est destinée. La séparation de cette chose par le mandataire est un transfert de propriété à l'aide d'un constitut possessoire, CC art. 924, opéré par le mandataire au moyen d'un acte qu'il passe avec lui-même pour le mandant. Si le mandataire a touché l'argent pour le compte du mandant (p. ex.,

¹ Ci-dessus, p. 47.

² Von Tuhr, CO, I, p. 311-313.

pour la vente d'une chose), il n'est en général pas tenu de faire passer dans la propriété du mandant les espèces reçues, mais seulement une somme du même montant. Il n'y a donc pas lieu d'admettre qu'il a acquis pour le mandant la propriété des espèces reçues, d'après l'article 32 II. »

Von Tuhr admet donc que le représentant indirect devient seul propriétaire des choses qu'il acquiert en cette qualité. S'il n'en était pas ainsi, le représenté serait propriétaire et aurait, en cas de faillite du représentant, un droit de revendication (CCS art. 641 al. 2) ; or, l'article 401 alinéa 3¹ n'accorde au mandant qu'un droit de distraction (Aussonderungsrecht) appartenant exceptionnellement à un créancier non propriétaire².

Toutefois, von Tuhr relève que la personne de l'acquéreur étant en général indifférente au vendeur, le mandataire peut acquérir la chose pour le mandant qui deviendra, si cette chose est celle que prévoyait le mandat, directement propriétaire. Pour cet auteur, l'admission de l'« animus incertus » dans le code des obligations créerait la présomption chez le mandataire de la volonté d'acquérir pour le mandant.

Cette opinion est partagée par Oser-Schönenberger³ qui relèvent que le mandataire peut fort bien acquérir la possession et la propriété pour le mandant si telle est sa volonté, cette volonté étant présumée, car elle correspond aux obligations que le mandat lui impose. « Le mandant (commettant) a ainsi, lorsqu'il a donné un mandat d'achat et lorsque le mandataire a reçu la chose, possession et propriété originale, le mandataire (commissionnaire) ayant la possession dérivée. » Si, au contraire, le mandataire acquiert la possession et la propriété pour lui-même, le mandant ne deviendra propriétaire qu'après transfert de la chose ou par constitut possessoire.

Le professeur Simonius, étudiant à la suite de Haab⁴ les conditions de transfert de la propriété mobilière, indique que le rapport causal qui est à la base de la tradition doit déterminer, non seulement comment, mais aussi à quelle personne la propriété doit être transférée. C'est la raison pour laquelle, selon lui, celui qui achète une chose en son propre nom ne peut, se prévalant de la qualité de représentant direct en vertu de l'article 32 alinéa 2 CO,

¹ Cf. ci-dessous, p. 119 ss., l'étude de cette disposition.

² Dans le même sens, Oser-Schönenberger, op. cit., ad Art. 401, n° 11 *in fine*, p. 1493.

³ Idem, n°s 12-14, p. 1493-1494 ; cf. également A. Jost, Der Uebergang von Eigentums- und Forderungsrechten auf den Auftraggeber, p. 133.

⁴ Haab-Simonius, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Tome IV, 1ère partie, ad Art. 714, n° 37, p. 660-661.

faire d'un tiers (représenté) le contractant d'un accord réel et lui faire acquérir directement la propriété sur cette chose. En effet, d'une part, la tradition à ce tiers n'aurait aucune base juridique (car le contrat d'achat ne constitue une cause valable que pour l'acquisition de l'acheteur) ; d'autre part, l'accord auquel ce tiers deviendrait partie serait un contrat sans base juridique, donc un contrat indépendant et par conséquent fictif qui n'a pas de raison d'être dans la théorie du transfert causal. M. Simonius considère pour cette raison, et également parce qu'il convient de préserver le vendeur de tout doute quant à la réalité du transfert de propriété, que le commissionnaire qui achète des marchandises en son propre nom en acquiert seul la propriété par la possession et que le commettant n'en deviendra propriétaire que lorsqu'il aura reçu du commissionnaire la possession de ces marchandises ; la cause de cette seconde tradition est le contrat de commission. Il en résulte que, contrairement à l'opinion de von Tuhr, le droit de distraction de l'article 401 alinéa 3 CO n'est pas devenu superflu par la suite de l'introduction du second alinéa de l'article 32 CO. La question se pose par contre de savoir si ce n'est pas précisément la règle introduite par cet alinéa qui a perdu beaucoup de son importance pratique en raison du principe de l'admission de la causalité du transfert de la propriété mobilière.

Nous estimons que l'opinion du professeur Simonius doit prévaloir. En effet, non seulement elle est conforme à ce principe admis par le Tribunal fédéral depuis l'arrêt Grimm contre Masse en faillite Näf-Ackermann¹, mais encore elle correspond à la situation de fait : celui qui agit en son propre nom ne peut acquérir que pour lui seul. Von Tuhr l'avait déjà remarqué avec raison, puisqu'il considérait que l'article 401 alinéa 3 CO accordait au mandant un droit de distraction (Aussonderungsrecht) et non un droit de revendication. S'il a toutefois soutenu que l'article 32 alinéa 2 *in fine* CO pouvait justifier dans certains cas l'acquisition directe de la propriété pour le mandant par le mandataire, c'est qu'il était un défenseur de la théorie abstraite de l'attribution dans le transfert de la propriété mobilière².

La conclusion qui se dégage de cet examen est que le représentant indirect acquiert toujours personnellement la propriété des choses mobilières qu'il achète en exécution du contrat de mandat (commission, etc.) qu'il a reçu, et cela même s'il était indifférent au tiers de traiter avec le représentant ou avec le représenté.

¹ RO 55 II 306 = JdT 1930 I 535.

² Von Tuhr, CO, I, p. 180.

L'article 32 alinéa 2 *in fine* CO n'apporte donc aucune exception à la règle que nous avons posée selon laquelle le représentant indirect est le seul cocontractant du tiers vis-à-vis duquel il agit en son propre nom ¹.

§ 4. De l'inexécution du contrat par le tiers

Les principes généraux suffisent pour résoudre les cas d'inexécution du contrat par le représentant, qui est seul responsable vis-à-vis du tiers, à l'exclusion du représenté ² ; ainsi, le tiers possède contre le représentant les droits ordinaires des créanciers.

En revanche, le problème de l'inexécution du contrat par le tiers a posé de difficiles questions aux auteurs. Ce problème peut être formulé de la manière suivante :

Le représentant est-il en droit de réclamer au tiers qui n'exécute pas ou exécute imparfaitement le contrat des dommages-intérêts en raison d'un dommage qui ne le frappe pas lui-même directement, puisqu'il agit pour le compte d'autrui, donc sans que son intérêt personnel à l'exécution du contrat soit déterminant ³ ? Ou bien, si l'on considère le problème non plus du point de vue du représentant, mais de celui du tiers, ce dernier peut-il être actionné en dommages-intérêts par le représentant ?

Il est intéressant d'examiner la manière dont différents auteurs ont résolu le problème.

Parmi les auteurs allemands, Windscheid ⁴, l'un des premiers, dit ce qui suit à propos des droits de créances en général : si le créancier (représentant) a pris la situation de créancier dans l'intérêt d'un tiers (représenté), le dommage subi par ce dernier suffira à fonder la demande de dommages-intérêts. Et il remarque simplement dans une note — c'est ainsi qu'il motive son opinion — qu'en contractant dans l'intérêt d'autrui, le créancier fait sien l'intérêt de cette personne.

¹ Nous ne partageons donc pas l'opinion de von Tuhr, ni celle de Jost (op. cit., p. 135) lorsqu'ils estiment que l'article 32 alinéa 2 *in fine* CO a une grande importance dans les cas de représentation indirecte.

² Il est vrai que, lorsqu'il y a cession de créance (CO art. 32 al. 3) ou lorsque l'article 401 CO s'applique, le représenté est directement créancier du tiers ; celui-ci pourra opposer au représenté l'exception d'inexécution (CO art. 82) si le représentant n'accomplit pas son obligation.

³ Nous avons déjà souligné plus haut (p. 54-55) qu'il est de nombreux cas dans lesquels le représentant peut avoir un intérêt personnel à l'exécution.

⁴ Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, II, p. 58.

Dans une étude consacrée à l'intérêt personnel et à l'intérêt d'autrui dans les demandes en dommages-intérêts, von Tuhr¹ va plus loin que Windscheid ; il admet que le représentant peut avoir un intérêt propre, justifiant son action, à faire valoir s'il est responsable de sa gestion à l'égard du représenté ; dans le cas contraire, la seule solution possible est d'admettre que le représentant puisse avoir une action en dommages-intérêts contre le tiers, sous peine d'aboutir à des injustices. Cette action présente le caractère d'être une demande en prestation en faveur du représenté qui a subi le dommage (*Anspruch auf Leistung an den Dritten*) ; elle peut donc être cédée par le représentant au représenté et elle se transforme à ce moment en une demande en dommages-intérêts. Von Tuhr admet même qu'elle peut appartenir au représenté sans être cédée.

A son tour Schlossmann² s'est préoccupé de cette question ; il estime que l'intérêt du représentant au contrat existe en raison même du fait qu'il conclut un contrat avec le tiers ; le dommage sera ainsi évalué en fonction de la personne et des relations économiques du représentant ; de cette manière le dommage du représenté sera couvert. Mais qu'en est-il si l'intérêt du représenté est supérieur à celui du représentant et ne peut donc être déterminé qu'en fonction de la personne du représenté ? Pour satisfaire aux besoins de la vie et se conformer à l'équité, il fallut apporter une exception au principe qu'il n'y a pas de rapport direct entre représenté et représentant, et accorder à celui-ci le droit de faire valoir en son propre nom l'intérêt du premier.

Müller-Erzbach³, nous l'avons déjà souligné, considère le problème du point de vue du caractère personnel que possède tout droit de créance. Or, la caractéristique de toute représentation est que le représentant ne possède aucun intérêt personnel à l'exécution du contrat ; mais la doctrine et la jurisprudence ont conjugué leurs efforts pour lui en reconnaître un. Sans succès, ajoute-t-il, car elles ont abouti dans une impasse, en considérant comme intérêt du représentant l'intérêt du représenté. La seule façon de sortir de cette impasse consiste, selon Müller-Erzbach, à reconnaître un rapport juridique direct entre le représenté et le tiers.

A propos du contrat de commission, Staub⁴, dans son commentaire, consacre quelques lignes au problème qui nous occupe. Il indique quelle est la tendance actuelle du droit allemand ; il reconnaît d'abord qu'en ce qui concerne le contrat de commission, le

¹ *Von Tuhr*, *Eigenes und fremdes Interesse bei Schadenersatz aus Verträgen*, p. 534 ss., 541, 554, 560, 566-567, 570, 583.

² *Schlossmann*, op. cit., II, p. 367-374.

³ *Müller-Erzbach*, op. cit., p. 22-24.

⁴ *Staub*, op. cit., ad § 383, nos 20 a et 20 b, p. 620-621.

commissionnaire est en droit de faire valoir contre le tiers la créance de dommages-intérêts (*Interresseforderung*) du commettant. La jurisprudence a en effet affirmé à de nombreuses reprises que le représentant indirect possède le droit de réclamer au tiers qui n'exécute pas le contrat la réparation du dommage qu'il subit lui-même ou que subit le représenté ; sont seuls réservés les cas dans lesquels ce dernier ne pourrait ou ne voudrait exercer ce droit qui n'est alors pas accordé non plus au représentant, en vue d'éviter son enrichissement illégitime. La doctrine, elle, est encore flottante.

Mentionnons en outre, pour compléter cet examen de la position adoptée par la doctrine et la jurisprudence allemandes, la théorie de Schless¹. Bien qu'il ait adressé aux auteurs qui viennent d'être cités le reproche de n'avoir pas suffisamment motivé leurs points de vue ou d'avoir élaboré des constructions artificielles, il n'échappe pas lui-même à un reproche identique, car il ne propose aucune solution meilleure. Il reconnaît en effet que les contrats de commission et d'expédition, importants et nécessaires dans la pratique, disparaîtraient si le commissionnaire et l'expéditeur ne possédaient le droit de réclamer pour leurs mandants des dommages-intérêts en cas d'inexécution. En fin de compte, Schless ne peut justifier ce droit autrement qu'en faisant appel au « sens juridique » et à « un besoin commercial élémentaire » (*Rechtsgefühl und elementares Verkehrsbedürfnis*).

Relevons encore que lors de la seconde lecture du projet de code civil allemand, la proposition avait été présentée de résoudre, par une disposition légale, le difficile problème posé par l'inexécution du contrat par le tiers. Le texte proposé était le suivant : « Si quelqu'un a conclu en son propre nom un contrat avec un tiers pour le compte d'autrui, le dommage subi par celui pour le compte duquel le contrat a été conclu devra être réparé par le tiers en cas d'inexécution »².

Passons maintenant aux solutions envisagées en droit suisse.

Von Tuhr³ pose le principe qu'un créancier ne peut exiger réparation que du dommage qu'il a subi personnellement. Mais le dommage subi par un tiers peut aussi constituer un dommage pour le créancier, par exemple si celui-ci est responsable de ce dommage envers le tiers. Après avoir mentionné le fait qu'en Allemagne est reconnu le droit des créanciers d'agir en raison du dommage causé

¹ Schless, op. cit., § 35, p. 90-93. Il qualifie ce problème de « Schadensliquidation aus fremdem Interesse ».

² Protokolle zum BGB, I, p. 298, cités par *von Tuhr*, *Eigenes und fremdes Interesse*, p. 534, note 20, et *Pestalozzi*, op. cit., p. 75, note 176.

³ *Von Tuhr*, CO, II, p. 508-511 ; dans le même sens *Becker*, op. cit., ad Art. 97, nos 46-49, p. 473-474.

au tiers, von Tuhr exprime l'opinion que cette règle « paraît s'imposer pour le CO, car elle est le complément indispensable du système de la représentation indirecte ». Dans les cas de ce genre, l'indemnité doit être versée au tiers lésé, sauf cas exceptionnels ; il pourra y avoir aussi cession par le représentant de sa créance au représenté (l'article 401 CO trouve ici son application). Enfin von Tuhr admet même une action directe du représenté contre le tiers s'il ne peut obtenir réparation par l'intermédiaire du représentant et s'il ne peut agir contre le représentant sans vaincre des difficultés considérables.

Oser et Schönenberger¹ ont abordé cette question fort superficiellement en précisant que le commissionnaire peut faire valoir la créance d'intérêts du commettant contre le tiers.

Ils admettent également, à propos de leur étude sur la stipulation pour autrui, que l'article 112 CO qui règle cette institution permet au créancier dont le débiteur n'exécute pas le contrat de demander des dommages-intérêts dans le cas où le bénéfice de ce contrat doit revenir à un tiers².

Pestalozzi³ considère le problème du point de vue de la bonne foi. Si le représentant ne possède pas d'intérêt propre à faire valoir — Pestalozzi rejoint ici l'analyse faite par von Tuhr dans son étude à ce sujet —, il admet que l'article 97 CO qui règle la question de l'inexécution du contrat est applicable, pour éviter l'injustice qui serait causée si le tiers n'était pas obligé de réparer le dommage. Le mot « dommage » de cette disposition est étendu à l'intérêt du créancier. Cette interprétation extensive serait basée sur le principe admis par le droit suisse de la bonne foi dans l'exécution des contrats, en vertu duquel le tiers ne pourra pas alléguer le manque d'intérêt du représentant à la prestation. Cela suppose que soit pris en considération le rapport interne qui lie le représenté au représentant lorsqu'il s'agira d'estimer l'importance du dommage subi. C'est là, conclut Pestalozzi, la première exception⁴ à la règle fondamentale selon laquelle le tiers n'a pas affaire directement au représenté.

L'étude de Wolf⁵, parue la même année que la thèse de Pestalozzi, mérite d'être mentionnée. Cet auteur, après avoir critiqué les diverses solutions préconisées par ses prédécesseurs, estime que

¹ Oser-Schönenberger, op. cit., ad Art. 425, n° 14, p. 1569.

² Ibidem, ad Art. 112, n° 20, p. 601.

³ Pestalozzi, op. cit., p. 72-75.

⁴ Pestalozzi semble avoir oublié celle qu'il avait déjà faite précédemment (op. cit., p. 69-70) en examinant la question des vices du consentement, en particulier dans le cas où le tiers est victime du dol du représenté (cf. ci-dessus, p. 88).

⁵ Wolf, Von der Haftung des Schuldners für den Schaden eines Dritten, p. 289-291.

le problème des effets de l'inexécution du contrat par le tiers ne peut être résolu, d'une manière satisfaisante et conforme à l'esprit du système juridique suisse, qu'en le considérant du point de vue de la protection des intérêts en cause (Interessenschutz). Puisque le créancier (représentant) est en droit, selon la jurisprudence, de réclamer la réparation du dommage subi par le représenté, même s'il n'en a subi personnellement aucun, cela montre que ce n'est pas l'intérêt du représenté qui est protégé, mais la volonté du créancier ; autrement dit, ce que la loi protège, c'est « l'intérêt non matériel du créancier (représentant) à la réparation du dommage subi par le tiers (représenté) ». Selon Wolf, l'on trouve déjà cette idée dans des études d'auteurs plus anciens qui ont mis l'accent sur la protection que le droit doit accorder aux « intérêts idéaux et altruistes » du créancier. Or, l'article 97 CO ne limite pas le droit du créancier à la réparation du dommage qu'il subit personnellement ; rien ne s'oppose, dans ces conditions, à ce qu'on l'adopte pour base légale du droit du créancier à la réparation du dommage subi par un tiers.

Nous avons tenu à montrer combien nombreuses et diverses ont été les solutions proposées par des auteurs dont les théories sont fort différentes pour résoudre le problème qui nous occupe. Force nous est de reconnaître qu'aucune d'entre elles ne peut être déclarée satisfaisante ; tantôt, en effet, elles recourent à une fiction selon laquelle l'intérêt du représenté est considéré comme l'intérêt propre du représentant¹ ; tantôt encore elles invoquent les critères de l'équité, de la justice ou de la bonne foi pour imposer leur solution² ; tantôt enfin elles penchent pour la création d'un rapport juridique direct entre représenté et tiers³.

A notre avis, il suffit, pour découvrir la solution la meilleure, de poser très exactement le problème :

Le représentant est-il en droit de demander au tiers la réparation du dommage causé, indirectement, au représenté par l'inexécution du contrat, alors qu'il n'en subit peut-être personnellement aucun ? Ou, inversement : le tiers est-il en droit de refuser le paiement de dommages-intérêts si, par sa faute, il n'exécute pas ou n'exécute qu'imparfaitement le contrat ?

Préciser ainsi le problème, c'est montrer que deux points de vue doivent être pris en considération : le premier est un point de vue juridique ; il s'agit de savoir si, juridiquement parlant, une personne qui agit en son propre nom pour le compte d'une autre

¹ Windscheid, Oser-Schönenberger ; en partie aussi Wolf.

² Schlossmann, Schless, von Tuhr, Pestalozzi.

³ Müller-Erbach, Pestalozzi.

peut réclamer pour celle-ci des dommages-intérêts en cas d'inexécution. Le second est un point de vue moral en quelque sorte ; est-il juste, est-il équitable qu'une personne qui a assumé une obligation puisse s'en départir sans être tenue pour responsable ?

La coexistence de ces deux points de vue — qui semble avoir échappé aux auteurs — permet de saisir pourquoi le problème dont nous nous occupons ne peut être aisément résolu. L'on peut ainsi donner raison aussi bien aux auteurs qui, pour le résoudre, ont recouru à la fiction de considérer l'intérêt du représenté comme étant celui du représentant ou qui ont préconisé une cession de créances, qu'aux auteurs qui ont invoqué les critères de l'équité et de la bonne foi¹.

Nous ne penchons, quant à nous, pour aucune de ces solutions. En effet, le recours à la fiction est juridiquement peu défendable ; outre le fait qu'elle est considérée en général avec défaveur par la doctrine², elle apporte des imprécisions dans le domaine de la représentation indirecte qui, comme nous l'avons déjà montré à de nombreuses reprises, exige l'indépendance du tiers et du représenté l'un vis-à-vis de l'autre. Le recours au critère de l'équité et de la bonne foi serait, à notre avis, préférable ; il est d'ailleurs intéressant de noter que c'est celui que la jurisprudence allemande a adopté³. Les tribunaux allemands, comme d'ailleurs les tribunaux suisses encore aujourd'hui, étaient placés devant un problème qu'aucune disposition légale ne permettait de résoudre ; il leur parut équitable de juger que, en vertu de la bonne foi, le tiers devait indemniser le représentant pour le dommage résultant pour le représenté de l'inexécution du contrat par lui⁴.

Ce critère est-il suffisant ? Wolf⁵ estime que la science ne doit pas se contenter de la constatation qu'un résultat est juste, mais qu'elle doit encore rechercher pour quelle raison il apparaît tel. A notre avis, la conclusion à laquelle est arrivée la jurisprudence allemande est conforme à l'équité et à la justice, car elle se révèle en accord avec la norme juridique selon laquelle celui qui conclut un contrat assume *ipso facto* certaines obligations vis-à-vis de son partenaire. Ainsi, le tiers qui traite avec un représentant indirect s'oblige à exécuter sa prestation d'une manière con-

¹ Par contre, la solution qui consiste à envisager la création d'un rapport juridique direct entre le représenté et le tiers nous paraît erronée, car elle méconnaît la nature véritable du système de la représentation indirecte.

² Cf. Du Pasquier, op. cit., n° 183, p. 169 : « le plus artificiel des procédés juridiques ».

³ Staub, op. cit., § 383, nos 20 a et 20 b, p. 620-621.

⁴ RG Zivilsachen, 1906, vol. 62, p. 334-335.

⁵ Wolf, op. cit., p. 288.

forme à la convention passée. A supposer que la mauvaise exécution ou l'inexécution de ce contrat ne cause aucun dommage au représenté, il n'en reste pas moins qu'il serait contraire à l'ordre juridique que cette attitude du tiers ne pût être sanctionnée par une créance de dommages-intérêts, pour le motif que le représenté n'a pas subi de préjudice.

Nous estimons donc que nous sommes ici en présence d'un postulat de droit naturel, qui peut seul justifier une action sanctionnant la responsabilité du tiers qui conclut avec un représentant indirect.

La question doit être posée de savoir si la reconnaissance de ce postulat par la doctrine et la jurisprudence est suffisante pour résoudre le problème en droit suisse. Nous l'admettons parfaitement ; toutefois, il nous paraît opportun, vu les différences d'opinions que nous avons déjà relevées concernant l'existence même de la représentation indirecte, que la responsabilité du tiers qui conclut avec un représentant indirect soit consacrée par une disposition légale¹. Nous proposons donc l'adoption par la législation suisse d'un article dont le contenu serait analogue au texte qui avait été proposé lors de la seconde lecture du code civil allemand devant le parlement, et que nous avons mentionné plus haut. Il est, à notre avis, regrettable que cette disposition n'ait pas été adoptée dans le BGB d'où elle aurait pu être reprise dans le code des obligations lors de son élaboration. Son texte pourrait être conçu de la manière suivante :

« Lorsqu'une personne a conclu avec un tiers un contrat en son propre nom, mais pour le compte d'une autre personne, le tiers est tenu envers la première de réparer le dommage résultant pour la seconde de l'inexécution ou de l'exécution imparfaite du contrat (faute contractuelle). Restent réservées les dispositions sur l'enrichissement illégitime. »

Cette solution permet, sans recourir à des constructions plus ou moins spécieuses telles que la fiction ou l'admission d'un rapport de droit en réalité inexistant, de comprendre pour quelles raisons une personne, le tiers, est en vertu d'un contrat qu'elle a conclu avec une autre, le représentant, obligée, si elle n'exécute pas ou exécute imparfaitement le contrat, de réparer le dommage que peut subir une troisième personne avec laquelle elle n'a aucun lien de droit.

¹ Dans les circonstances actuelles, le juge peut suppléer la règle (CCS art. 1).

§ 5. La situation du représenté par rapport au contrat conclu entre le représentant et le tiers.

Bien qu'il ne soit en aucune manière partie au contrat conclu entre le représentant et le tiers, le représenté y joue indirectement un rôle. Il est, en effet, celui qui, en fin de compte, reprendra les profits et les charges qui découlent du contrat.

Dans les cas où le tiers ignore que son contractant agit pour le compte d'une autre personne, il ignore également l'existence du représenté, qui ne joue par conséquent aucun rôle en ce qui concerne la conclusion et les effets du contrat conclu entre représentant et tiers. Ces cas ont souvent échappé aux auteurs, qui n'envisaient en général que ceux dans lesquels le tiers connaît le rapport de représentation et les confondent alors souvent avec des cas de représentation directe¹. Nous maintenons, au contraire, qu'il s'agit là de cas qui se rencontrent, non seulement en théorie, mais également dans la pratique où ils sont nombreux ; ils suffisent à eux seuls à justifier l'existence d'un système de représentation indirecte.

Dans les cas où le tiers connaît le rapport de représentation et sait qu'une personne, déterminée ou non, sera le véritable bénéficiaire du contrat qu'il conclut avec le représentant, le représenté peut, aux yeux du tiers, passer pour le maître qui a délégué ses pouvoirs. Mais en aucun cas cela ne fait de lui la partie cocontractante du tiers, laquelle sera toujours le représentant qui a agi en son propre nom. Ainsi, il n'y a pas création d'un rapport juridique entre le tiers et le représenté², sauf dans les cas que nous avons examinés où le premier est lésé par un acte illicite du second ; mais il s'agit alors d'un rapport *ex delicto* et non pas *ex contractu*.

Toutefois, il n'est pas niable que la personne du représenté joue indirectement un rôle dans le complexe de représentation indirecte, spécialement dans les cas d'inexécution ou d'exécution imparfaite du contrat par le tiers. Le problème que nous avons étudié dans le précédent paragraphe ne se pose, en effet, que parce que le représentant agit pour le compte du représenté. Dans

¹ *Fischbach*, op. cit., p. 273, a pourtant admis qu'il n'y avait pas nécessairement représentation directe dans ces cas.

² Cf. ce que disait déjà *Ihering*, *Mitwirkung*, p. 348 : « Das Rechtsgeschäft des Ersatzmannes begründet Wirkungen für ihn selbst,... der Principal steht dem Geschäft als solchem so fern, wie jeder Dritte, und der Umstand, dass jene Wirkungen nach beiderseitiger Absicht auf ihn übertragen werden sollen, bringt ihn mit dem Geschäft selbst und dem dritten Contrahenten ebenso wenig in Berührung, wie den Beschenkten mit demjenigen, von dem der Schenker die Sache gekauft hat ».

cette éventualité, celui-ci influence de manière certaine, quoique détournée, le rapport qui lie le représentant au tiers ; il suffit, pour s'en convaincre, de se reporter aux auteurs qui ont examiné le problème. Mais cette influence ne peut être, à notre sens, que psychologique, car elle n'empêche pas que le tiers ne soit juridiquement lié qu'au représentant. C'est en vertu du contrat que ces deux sujets de droit concluent, c'est à cause de l'obligation qu'il a personnellement consentie et assumée à l'égard du représentant que le tiers est déclaré responsable de toute faute contractuelle de sa part ; l'exception du manque d'intérêt que le tiers pourrait éventuellement opposer au représentant (puisque celui-ci agit pour le compte d'autrui) doit cependant être réduite à néant par une disposition expresse consacrant la responsabilité du tiers.

CHAPITRE IV

Un rapport juridique direct peut-il se former entre le représenté et le tiers ?

Répondre à une telle question, c'est examiner le problème primordial de toute étude consacrée à la représentation indirecte, que nous avons caractérisée comme étant le complexe des rapports juridiques qui naissent lorsqu'un représentant conclut en son propre nom avec un tiers pour le compte d'une autre personne, sans pour cela qu'un lien de droit soit créé entre ces deux derniers sujets de droit.

Il convient maintenant de justifier cette thèse, car elle apparaîtrait aux yeux des auteurs qui ont étudié le sujet, soit comme totalement erronée, soit comme manifestement exagérée. Parmi les premiers, l'on trouverait Müller-Erzbach qui, on l'a vu, postule que doit être créé dans toute représentation indirecte un lien juridique direct entre tiers et représenté ; au nombre des seconds, qui, tout en admettant l'inexistence d'un tel lien de droit, s'empressent d'apporter des restrictions au principe qu'ils posent, se trouve Pestalozzi qui intitule l'un des paragraphes de son étude : « Dans le rapport entre le représenté et le tiers »¹ ; il admet ainsi ce rapport et il précise que des relations existent entre eux, bien qu'elles constituent des exceptions, relations qui donnent à cette institution juridique son caractère propre².

Pour être à même de répondre à la question posée en tête du présent chapitre, il convient d'examiner les actes juridiques que le représentant doit accomplir pour transférer au représenté les profits et les charges qui résultent du contrat qu'il a conclu avec le tiers, puis les conséquences qu'entraîne la faillite du représentant.

§ 1. Du transfert au représenté par le représentant des droits et obligations issus du contrat qu'il a conclu avec le tiers

Il s'agit là de la troisième phase, chronologiquement parlant, du déroulement des opérations nécessaires pour que soit atteint le but poursuivi par le représenté ; la première était celle dans laquelle

¹ Pestalozzi, op. cit., Table des matières, p. 5 : Chapitre 5, § 14 : Im Verhältnis zwischen dem Vertretenen und dem Dritten.

² Idem, p. 89.

il chargeait le représentant d'agir pour lui, et la seconde était marquée par la conclusion d'un contrat entre celui-ci et un tiers. Celle qui va être examinée maintenant est la phase finale, au cours de laquelle le représenté devient titulaire des droits acquis pour son compte par le représentant.

Par le fait qu'il a conclu avec le tiers un contrat en son propre nom, le représentant est devenu lui-même titulaire des droits et des obligations issus de ce contrat. Or, par le contrat qui le lie au représenté, le représentant s'est engagé à lui transférer les profits et les charges de ce contrat. Deux éventualités peuvent se produire lorsque le représentant conclut un contrat par lequel il devient titulaire des droits : ou bien le tiers a exécuté le contrat avec le représentant et celui-ci procédera alors au transfert des biens acquis (biens mobiliers et immobiliers, argent liquide, créances, titres, brevets, etc.) ; ou bien le tiers n'a pas encore exécuté le contrat, et dans ce cas le représentant pourra céder les créances acquises au moyen d'une cession de créances (CO art. 164 ss.) ou, s'il a assumé des obligations, il pourra y avoir lieu, dans certains cas, à une reprise de dette par le représenté (CO art. 175 ss.).

Les cas dans lesquels il y a cession de créance ou reprise de dette sont ceux qui sont prévus par l'article 32 al. 3 CO, relatif aux effets de la représentation lorsque le représenté ne devient pas directement créancier ou débiteur du tiers, autrement dit dans les cas de représentation indirecte.

I. Transfert des droits issus du contrat avec le tiers.

Ce transfert s'opère par le moyen d'une cession de créance. La cession de créance est un contrat du droit des obligations¹ conclu, en cas de représentation indirecte, entre le représentant (cédant) et le représenté (cessionnaire), au moyen duquel le premier cède au second les profits qu'il a acquis en son propre nom par le contrat conclu avec le tiers.

Comme telle, la cession est soumise aux dispositions des articles 164 et suivants du code des obligations, relativement à sa forme (la cession n'est valable que si elle a été constatée par écrit, art. 165) et à ses effets. Le consentement du débiteur cédé (en l'occurrence le tiers) n'est pas nécessaire.

Etant un contrat, la cession, pour être valable, exige le consentement des deux parties en cause ; le législateur a cependant prévu que, dans certaines conditions, il devait y avoir cession, non pas

¹ *Von Tuhr*, CO, II, p. 716 ss.

contractuelle, mais légale (CO art. 166)¹. Or, l'article 401 CO, relatif au transfert des droit acquis par un mandataire, est l'une des dispositions stipulant une cession *ex lege*. Il précise en effet : « Lorsque le mandataire acquiert en son propre nom, pour le compte du mandant, des créances contre des tiers, ces créances deviennent la propriété du mandant dès que celui-ci a satisfait, de son côté, à ses diverses obligations envers le mandataire »².

Pour quelles raisons le législateur suisse a-t-il institué une cession légale des créances acquises par le représentant indirect ?

Avant d'aborder cette question, mentionnons que le droit allemand, lui, ne connaît pas cette cession légale : le § 667 BGB prescrit seulement l'obligation pour le mandataire de transférer au mandant ce qu'il a acquis par suite de la conduite de l'affaire ; le § 392 al. 2 HGB établit une fiction selon laquelle ces créances, même si elles ne sont pas cédées, sont considérées, dans le rapport entre commettant et commissionnaire ou les créanciers de celui-ci, comme créances du commettant³ ; cette disposition peut s'expliquer en raison du fait que les créanciers d'un commissionnaire connaissent en général sa qualité et doivent ainsi compter avec le fait qu'en cas de faillite les créances qu'il a acquises en son propre nom passeront directement à son commettant.

Si l'on examine la question en droit suisse, il importe de mentionner le § 1027 du code de droit privé de Zurich du 16 avril 1855, inséré dans le chapitre relatif à la cession des créances ; ce paragraphe prévoyait ce qui suit : « En raison de la nature spéciale d'un contrat ou d'un lien juridique déterminé qui le met en relation avec un tiers, le créancier est exceptionnellement obligé de céder sa créance à ce tiers. Si cette cession est nécessaire (notwendig), le cessionnaire est en droit de prétendre à la créance et de la faire valoir, sauf disposition contraire de la loi (§ 1621), en raison du motif justifiant la cession, même sans déclaration de volonté du cédant ».

¹ Comme le remarque à bon escient *Pestalozzi*, op. cit., p. 85, il n'y a pas besoin dans ce cas de la forme écrite, car la cession légale est « opposable aux tiers sans formalité ».

² Il n'y aura donc nécessité d'une cession écrite que dans les cas où le représenté n'a pas encore satisfait à ses obligations envers le représentant. Cf. *von Tuhr*, CO, II, p. 753.

³ HGB, § 392, al. 1 et 2 : Forderungen aus einem Geschäfte, das der Kommissionär abgeschlossen hat, kann der Kommittent dem Schuldner gegenüber erst nach der Abtretung geltend machen.

Jedoch gelten solche Forderungen, auch wenn sie nicht abgetreten sind, im Verhältnisse zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär oder dessen Gläubigern als Forderungen des Kommittenten.

Dans son commentaire, Bluntschli¹, rédacteur de ce code, explique que l'exception est constituée par la créance que le commissionnaire doit céder au commettant et trouve sa raison d'être dans le droit de rétention du commissionnaire, réglé par le § 1621.

Quelques années plus tard, Munzinger, rédacteur du projet du premier code de commerce suisse de 1864, commentait de la manière suivante les articles 263 et 264 de ce code relatifs au contrat de commission et à la cession des créances acquises par le commissionnaire² : Le commettant n'a pas de rapport juridique avec les tiers ; il n'a de droits que contre le commissionnaire. Si celui-ci a acquis une créance, « il faut, pour que le commettant puisse s'en prévaloir, que le commissionnaire la lui ait préalablement cédée ». « Mais, entre le commissionnaire et le commettant la chose se comporte tout autrement. Car, vis-à-vis de ce dernier, le commissionnaire n'est pas autre chose qu'un représentant ou mandataire, l'intermédiaire par lequel passe la créance pour arriver au commettant. »

Dans le projet de code des obligations de 1877³, l'article 457 b résolvait ce problème, à propos du mandat cette fois, en donnant au mandant⁴ « qui a rempli toutes les obligations résultant du mandat » le droit d'exiger du mandataire la cession de la créance contre le tiers. Un premier pas avait ainsi été fait depuis le projet de 1864, qui établissait seulement le principe que le commettant ne pouvait faire valoir cette créance avant qu'elle ne lui ait été cédée. Les commissions d'experts estimaient donc qu'il fallait protéger plus complètement le mandant en lui donnant le droit d'exiger la cession de ces créances.

Le dernier pas fut franchi par le projet de code de 1879 établi par le Département fédéral de justice et police, qui instituait à son article 406 la cession légale au mandant des créances acquises pour son compte par le mandataire. Cet article 406 devint presque textuellement l'article 399 du code des obligations de 1881 ; très légèrement modifié dans sa rédaction, mais inchangé quant au fond, il constitue l'article 401 du code actuel.

Il était intéressant de noter cette évolution du droit suisse qui, en partant du simple principe que la créance du mandataire contre le tiers doit être cédée au mandant pour que celui-ci puisse la faire valoir, est arrivé à instituer la cession légale des créances acquises

¹ *Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich, mit Erläuterungen herausgegeben von Dr. Bluntschli*, vol. III, ad § 1027, n° 2.

² *Munzinger, Motifs du projet de code de commerce suisse*, p. 261 ss.

³ Le projet d'établir un code de commerce avait été abandonné par suite de l'adoption en 1874 de la constitution fédérale, dont l'article 64 permit l'unification du droit des obligations.

⁴ Le texte français porte par erreur l'indication « mandataire ».

par le mandataire en son propre nom pour le compte du mandant. C'est probablement en s'inspirant de l'exemple du code zuricois que le législateur, en 1879, rendit légal le droit accordé au mandant ; selon certains auteurs¹, les experts auraient été également influencés par la jurisprudence française sur ce point.

La réglementation actuelle est valable pour tous les cas de mandat, et non seulement, comme en droit allemand, pour les contrats de commission uniquement, ce qui est plus judicieux. Le mandant se trouve ainsi dans une situation extrêmement favorable, puisqu'il ne dépend que de lui de devenir titulaire de ces créances ; mais, inversement, le mandataire est protégé par là même, puisqu'il en reste titulaire tant qu'il n'est pas dédommagé de ses débours par le mandant. Cette solution peut donc être considérée comme satisfaisante.

La seule condition à laquelle est subordonnée la cession légale consiste dans l'exécution par le mandant de ses diverses obligations envers le mandataire. Celles-ci sont précisées par l'article 402 CO : le mandant doit rembourser au mandataire en principal et intérêts les avances et frais occasionnés par l'exécution régulière du mandat ; il doit le libérer des obligations par lui contractées, et l'indemniser du dommage causé par l'exécution régulière du mandat, à moins qu'il ne prouve que ce dommage est survenu sans sa faute. (Parmi ces obligations, il peut y avoir celle de reprendre la dette du représentant envers le tiers.) Aussitôt que le mandant a satisfait à ces diverses obligations, il devient *ex lege* titulaire des créances acquises par son mandataire contre le tiers.

En ce qui concerne l'effet de la cession quant aux droits accessoires de la créance, nous renvoyons aux articles 170 et suivants du code qui sont applicables aux cas de cession légale de créances².

La cession de créance est assimilable, en matière de mandat, à un règlement de compte interne, car elle s'effectue dans le cadre du contrat de mandat, de commission, etc., qui lie représenté et représentant. Le tiers, qui peut ne pas connaître ce rapport juridique, reste en dehors de cette affaire ; il n'est même pas nécessaire que le représentant ait exécuté le contrat conclu entre lui et le tiers³. Comme il s'agit d'autre part d'une cession légale de créance, il n'est pas besoin de formalité spéciale pour que la créance acquise soit cédée au représenté (CO art. 166) ; il faut

¹ Oser-Schönenberger, op. cit., ad Art. 401, n° 2, p. 1491 ; Becker, op. cit., ad Art. 401, n° 1, p. 556 ; Kaufmann, op. cit., p. 29.

² Oser-Schönenberger, op. cit., ad Art. 401, n° 5, p. 1492 ; Becker, op. cit., ad Art. 401, n° 3, p. 557.

³ Kaufmann, op. cit., p. 33, dit à ce propos que la simple prétention émise par le mandant que c'est à lui qu'il faut payer ne suffit pas ; le tiers réclamera une attestation.

toutefois notifier au tiers (cédé) la cession pour qu'il cesse de pouvoir exécuter valablement en mains du représentant¹.

Par contre, la cession légale produit en faveur du tiers les mêmes effets que toute cession conventionnelle : il est valablement libéré s'il paie de bonne foi entre les mains du représentant avant d'avoir été informé de la cession (CO art. 167) ; il est en droit d'opposer au représenté les exceptions qui lui appartenaient au moment où il a eu connaissance de la cession et qu'il aurait pu opposer au représentant ; enfin, il est en droit d'opposer la compensation avec une créance qu'il possédait contre le cédant (CO art. 169).

Résumons brièvement ce qui vient d'être dit : Il n'y a cession de créance *ex lege* que si deux conditions sont remplies : a) le tiers n'a pas encore éteint toutes les obligations (futures ou éventuelles) qu'il avait envers le représentant ; b) le représenté a satisfait à ses obligations à l'égard du représentant.

S'il est clair que, dans les cas où le tiers a éteint toutes ses obligations, aucun rapport ne s'établit entre lui et le représenté, dans les cas, par contre, où il n'a pas encore exécuté ce contrat, un lien juridique direct peut s'établir du fait de la cession de créances entre le tiers et le représenté, que cette cession ait pris naissance conventionnellement ou légalement, les effets étant identiques dans les deux éventualités.

La question se pose alors de savoir si, dans ces cas, il y a bien création d'un rapport juridique direct entre le représenté et le tiers, et, si oui, dans quelle mesure. En d'autres termes, s'agit-il dans ces cas d'une véritable exception au principe que nous avons posé de l'indépendance dans la représentation indirecte du représenté par rapport au tiers et de l'inexistence d'un rapport juridique entre eux ?

La cession de créance a pour effet de substituer à un créancier un nouveau créancier, le débiteur restant la même personne ; le cessionnaire est alors en droit de réclamer au débiteur le paiement de la créance cédée, de même que le débiteur est en droit de se libérer en payant sa dette au cessionnaire. Il y a incontestablement entre eux un rapport juridique qui se crée. De quelle nature est-il ?

Entre le cessionnaire et le débiteur cédé, aucune obligation ne prend naissance ; en cela, la cession de créance se différencie de la novation « qui a pour effet de remplacer la créance de A contre B par une nouvelle créance de même objet, au moyen d'un contrat

¹ Cf. von Tuhr, CO, II, p. 756 ; Oser-Schönenberger, op. cit., ad Art. 166, n° 1, p. 727.

passé du consentement de A, par le débiteur B avec un nouveau créancier X »¹. Le rapport juridique qui s'établit entre le représenté et le tiers n'est donc pas analogue à un contrat synallagmatique ; « le cédé ne contracte pas envers le cessionnaire un engagement direct et nouveau »². Au contraire, le débiteur reste lié envers le cédant avec lequel il a conclu, car seule la créance est cédée, et non le rapport d'obligations liant représentant et tiers, dont elle découle³.

La nature du rapport qui lie désormais le cessionnaire (représenté) au cédé (tiers) apparaît plus nettement encore si l'on considère leurs droits réciproques. Le cessionnaire est en droit d'obtenir l'exécution de la prestation due par le tiers ; à cet effet, il lui incombe de prouver que le transfert légal de la créance a eu lieu, parce qu'il a satisfait lui-même à ses obligations vis-à-vis du représentant. Le tiers, lui, est en droit d'opposer au cessionnaire les exceptions relatives à la validité de la créance et celles qui découlent de son rapport juridique avec le cédant, et il a même le droit de compenser sa dette avec les créances qu'il possède contre le cédant (CO art. 169 al. 2)⁴.

Aucun auteur, semble-t-il, n'a recherché quelle est la nature exacte de ce rapport juridique ; même ceux qui ont consacré des études à la cession de créance, tels Wolff et Warnery, n'ont pas abordé la question. Ils se contentent d'indiquer que le débiteur cédé ne contracte pas de nouvel engagement et qu'il n'est lié envers le cessionnaire « que dans la mesure où il était lié à l'égard du cédant »⁵. Wolff remarque simplement que la cession a une situation spéciale parmi les contrats du droit des obligations, en ce sens que, d'après son contenu, il ne s'agit que d'une modification des rapports subjectifs d'un droit de créance, d'un transfert d'un droit à l'exécution déjà existant⁶.

Nous aboutissons ainsi à la conclusion que, lorsqu'il y a transfert légal au mandant des créances acquises pour son compte contre un tiers par un mandataire agissant en son propre nom — c'est-à-dire lorsque les conditions prévues à l'article 401 CO sont remplies —, il se forme un rapport juridique direct entre le mandant et le tiers, selon lequel le tiers est tenu, en vertu de l'obligation qui le lie au mandataire, de payer sa dette en mains du mandant, sauf à

¹ *Von Tuhr*, CO, II, p. 715.

² *Warnery*, La cession de créances, p. 12.

³ *Von Tuhr*, CO, II, p. 727 ; *Oser-Schönenberger*, op. cit., Vorb. zu Art. 164-174, n° 14, p. 715.

⁴ *Von Tuhr*, CO, II, p. 750.

⁵ *Warnery*, op. cit., p. 12-13 ; *Wolff*, *Wesen und Voraussetzungen der Zession*, p. 21-22.

⁶ *Wolff*, *ibidem*, p. 44.

exciper des exceptions que la loi lui reconnaît, et selon lequel le mandant est en droit de réclamer au tiers le paiement de cette dette. Il faut bien préciser que le représenté ne devient pas à son tour une sorte de « représentant » de son représentant ; le représenté agit en son propre nom pour son propre compte, en vertu d'un droit spécial que lui confère la loi (identique à celui qu'il acquerrait en vertu d'une cession de créance conventionnelle)¹.

Ce rapport juridique possède un caractère propre ; il résulte de deux sources juridiques différentes : l'une est un contrat qui oblige le tiers à effectuer une prestation envers le mandataire, l'autre est la disposition légale qui donne un nouveau titulaire à cette créance du mandataire contre le tiers. Il s'agit donc d'un rapport juridique « direct » entre le représenté et le tiers, puisque le premier peut exiger directement du second le paiement et puisque le second se libère en payant en mains du premier, mais en même temps d'un rapport juridique « dérivé », puisqu'il ne prend pas naissance directement entre eux, car ils n'assument aucune obligation l'un envers l'autre.

* * *

II. Transfert des obligations issues du contrat avec le tiers.

Ce transfert s'opère par le moyen de la reprise de dettes. Dans le domaine de la représentation indirecte, la reprise de dettes intervient beaucoup moins souvent² que la cession de créance. Cela résulte de la nature de ce genre de représentation : en effet, si une personne charge une autre d'agir pour son compte, c'est généralement dans l'intention d'en retirer un profit ; le représentant recevra du représenté des marchandises à vendre (il obtiendra ainsi une créance contre le tiers) ; d'autre part, s'il s'agit de marchandises à acquérir, le représenté remettra souvent des fonds suffisants à son mandataire pour que l'affaire puisse avoir lieu au comptant, sans qu'il soit nécessaire d'une reprise de dette, ou il lui remboursera ses avances. Toutefois, puisque le législateur a mentionné à l'article 32 al. 3 CO la cession de créance, il devait mentionner aussi la reprise de dette.

La reprise de dette pose peu de problèmes (CO art. 175 ss.). En effet, seule une convention entre les parties peut lui donner naissance (il n'y a pas de reprise de dette légale). Il faut qu'un contrat soit conclu entre le créancier (le tiers, dans le cas de représentation indirecte) et le reprenant (CO art. 176 al. 1). L'objet de

¹ Cf. dans ce sens *Becker*, op. cit., Vorb. zu Art. 164-174, n° 1, p. 764.

² *Pestalozzi*, op. cit., p. 88, emploie l'adverbe rarement (*selten*). En pratique, la reprise de dettes est extrêmement rare.

ce contrat est de libérer l'ancien débiteur (représentant) ¹ et d'obliger celui qui reprend la dette (le représenté). Aucune forme spéciale n'est requise pour ce contrat. En raison du fait que l'obligation contractée par le reprenant a le même objet que celle qu'avait assumée le débiteur libéré par la reprise de dette, celle-ci a un double effet ² : le reprenant est obligé, tandis que le débiteur est libéré (et inversement : si le reprenant n'est pas obligé pour une raison quelconque, le débiteur restera obligé).

Pour le surplus, en ce qui concerne tant l'offre faite de conclure un tel contrat que les effets du changement de débiteur relatifs aux droits accessoires de la dette et aux exceptions qui peuvent être opposées, nous renvoyons aux articles 176 et suivants du code et aux commentaires.

Par le contrat de mandat, de commission, etc., qui le lie au représentant, le représenté a pu s'obliger ³ à accepter le transfert des profits et des charges issus du contrat conclu par le représentant (ce dernier s'étant de son côté obligé à exécuter ce transfert). C'est la situation que règle l'article 175 CO ; le représenté est donc tenu de libérer son représentant en reprenant sa dette vis-à-vis du tiers, c'est-à-dire en concluant avec lui le contrat de reprise de dettes (CO art. 176). On peut ainsi poser cette règle : lorsque le représenté s'est obligé envers le représentant par le contrat qui les lie à libérer ce dernier des obligations qu'il a contractées pour le compte du représenté, celui-ci est tenu de reprendre la dette. Si le créancier refuse de conclure avec lui le contrat de reprise de dette (par exemple, parce qu'il estime que son premier débiteur offre plus de garanties que le nouveau), le représenté devra payer au tiers la dette du représentant si elle est exigible (ou offrir le paiement si elle ne l'est pas et si le tiers est tenu d'accepter un paiement anticipé, CO art. 81) ou s'il y consent. Si le représentant paie lui-même sa dette en vertu du contrat qui le lie au tiers, il aura alors le droit d'exiger du représenté le remboursement du montant de la prestation qu'il aura effectuée ⁴. Tant que le représentant n'est pas libéré, il est en droit de demander des sûretés au représenté (CO art. 175 al. 3).

Si le tiers accepte l'offre de reprise de dette, le rapport juridique représentant-tiers passe au représenté, de sorte qu'un

¹ Et non pas seulement de procurer au débiteur les moyens de payer sa dette, car il n'y aurait plus reprise de dette (*Kaufmann*, op. cit., p. 17-18).

² *Von Tuhr*, CO, II, p. 772 ss.

³ Si rien n'est convenu à ce sujet dans le contrat, l'article 402 CO impose au mandant l'obligation de libérer le mandataire des obligations par lui contractées.

⁴ *Von Tuhr*, CO, II, p. 765 ; *Becker*, op. cit., ad Art. 176, n° 11, p. 821, et l'arrêt de la Cour de Schaffhouse qu'il cite.

rapport juridique prend naissance entre le représenté et le tiers. Si ce dernier décline l'offre que lui fait le représenté de reprendre la dette du représentant, représenté et tiers n'entrent pas en rapport et restent étrangers l'un à l'autre.

§ 2. Des effets de la faillite du représentant

Dans le précédent paragraphe, nous avons montré comment sont résolus les problèmes posés par l'exécution normale du contrat qui lie le représenté au représentant.

Il faut maintenant examiner quels sont les droits du représenté sur les choses acquises pour son compte par le représentant lorsque celui-ci ne peut exécuter normalement le contrat que le lie au premier, soit parce que ces choses font l'objet d'une saisie dirigée contre lui, soit parce qu'il est lui-même tombé en faillite¹.

Le représentant est devenu propriétaire de biens mobiliers ou immobiliers ou titulaire de créances issues du contrat conclu avec le tiers, puisqu'il les a acquis en son propre nom. Or, il n'a pas acquis ces biens pour lui-même, mais pour le compte du représenté. La question est de savoir s'il faut placer le représenté dans la même situation que les autres créanciers du failli, c'est-à-dire le renvoyer au dividende de faillite, ou, au contraire, lui accorder une situation privilégiée en ce qui concerne les créances ou objets acquis par le représentant en exécution du mandat ou de la commission et les droits qui résultent de ce même contrat. (Si le représenté avait remis des objets au représentant, il pourrait les revendiquer.)

Le législateur suisse a considéré qu'il fallait tenir compte des motifs pour lesquels le représentant a acquis ces biens. En effet, le représentant a agi, peut-être sans aucun intérêt personnel, pour le compte du représenté qui, lui, poursuit un but précis et qui a demandé au représentant d'être son intermédiaire. Il était donc équitable, dans ces conditions, de considérer que les biens dont le représentant est possesseur ne se trouvent être sa propriété que temporairement et d'admettre que le représenté, détenteur virtuel de ces biens, ait un droit préférable à ceux des autres créanciers du représentant, droit sans lequel il se trouverait réduit à produire dans la faillite au même titre qu'eux. Une disposition spéciale devait être introduite à cet effet dans le code des obligations, car il fallait considérer, au moyen d'une fiction, le représenté comme déjà titulaire d'un droit de propriété sur ces biens ; l'article 401 al. 3 CO accorde par conséquent au mandant (bien qu'il ne soit

¹ Rappelons que, d'après l'article 405 CO, la faillite a pour effet de mettre fin au mandat.

pas propriétaire juridiquement parlant) un droit de distraction dans la faillite du mandataire sur les objets mobiliers acquis par ce dernier en son propre nom pour le compte du mandant¹.

Il convient maintenant d'étudier la portée de cette disposition ; distinguons pour cela selon la nature des droits acquis :

a) *Biens immobiliers.*

On peut se demander si l'article 401 al. 3 CO est applicable par analogie dans le cas où le représentant a acquis un bien immobilier pour le compte du représenté. Bien qu'un arrêt de la Cour civile de Zurich de 1906² ait répondu affirmativement à cette question en considérant qu'il n'y avait pas lieu de faire une différence entre meubles et immeubles, on doit admettre le contraire³. La disposition citée est, en effet, précise à ce sujet. Oser et Schönenberger⁴ sont catégoriques ; à la suite de von Tuhr⁵, ils donnent encore un autre motif pour justifier leur point de vue, à savoir qu'en raison de l'existence du registre foncier, les immeubles ne peuvent être acquis pour le compte d'autrui qu'au nom de celui-ci. Certes, cette affirmation est exacte, mais rien ne s'oppose, à notre avis, à l'acquisition par le représentant d'un immeuble en son propre nom, dans l'intention de le transférer ensuite au représenté ; il y aura deux inscriptions successives au registre foncier, la première basée sur l'acte translatif de propriété passé entre le tiers et le représentant, la seconde sur un second acte translatif de propriété (contrat de vente, donation, etc.) passé entre le représentant et le représenté ; ainsi sera atteint le but poursuivi par le représenté indirect.

Si, du point de vue formel, on ne peut que se rallier à la solution de ces auteurs, l'on peut toutefois se demander s'il est justifié de traiter d'une manière différente les immeubles et les objets mobiliers et les créances. N'y aurait-il pas lieu, *de lege ferenda*, de modifier la disposition existante ? Le représentant, chargé d'acquérir un immeuble pour le compte du représenté, doit remplir les conditions de tout acheteur de biens immobiliers : conclure un acte translatif de propriété passé en forme authentique avec le tiers, requérir l'inscription, être inscrit au registre foncier. Si maintenant

¹ Cf. *Jäger*, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Tome II, ad Art. 197, lettre C, p. 125.

² *Blätter für zürcherische Rechtssprechung*, 1906, vol. V, n° 184, p. 271.

³ Dans ce sens *Kaufmann*, op. cit., p. 9 ss.

⁴ *Oser-Schönenberger*, op. cit., ad Art. 401, n° 10, p. 1493 ; dans le même sens *Becker*, op. cit., ad Art. 401, n° 6, p. 557, qui indique que l'article 401 CO a été institué pour rendre service aux personnes qui n'entrent que passagèrement en rapport avec le débiteur, donc, sous-entend-il, pas celles qui recourent à lui pour acquérir un immeuble. L'argument semble spécieux.

⁵ *Von Tuhr*, CO, I, p. 311, note 14.

le représentant tombe en faillite, pour quel motif empêcher le représenté de demander le transfert de l'immeuble à son nom ? Les créanciers ne seront pas lésés, car la masse est en droit de demander que le représenté satisfasse à ses obligations en vertu du contrat qui lie représenté et représentant. Restent bien entendu réservés dans tous les cas les droits acquis sur l'immeuble par les tiers de bonne foi qui se sont fiés à l'inscription portée au registre foncier (CCS art. 973) ¹. Le représentant se trouve, en ce qui concerne les immeubles, exactement dans la même situation, *mutatis mutandis*, qu'en ce qui concerne les meubles : il a acquis le bien mobilier ou immobilier et en est devenu propriétaire, pour le premier parce qu'il en a la possession, pour le second parce qu'il est inscrit comme tel au registre foncier ; en vertu du contrat de mandat, le représenté est en droit d'obtenir le transfert du dit bien, s'il est mobilier en en demandant la tradition au représentant, s'il est immobilier, en concluant un contrat translatif de propriété avec celui-ci et en demandant son inscription au registre foncier. Il doit respecter tout droit acquis entre temps par un tiers de bonne foi sur l'un ou l'autre bien.

A notre avis, aucune raison ne s'oppose à un traitement identique des biens mobiliers et immobiliers en cas de faillite du représentant. Bien qu'il ne puisse encore être admis dans l'état actuel de la législation suisse vu les termes très précis de l'article 401 al. 3 CO, il serait souhaitable qu'il fût consacré lors d'une révision du code des obligations ².

b) *Biens mobiliers.*

L'article 401 al. 3 CO fixe les droits du mandant (représenté) sur les biens mobiliers acquis pour son compte par le mandataire (représentant) tombé en faillite. Il lui accorde le droit de les revendiquer ³ dans la faillite ; il s'agit là d'une simple faculté accordée au mandant, et non d'une subrogation légale semblable à celle établie pour la cession de créances. Si le mandant fait usage de ce droit, la masse en faillite peut exercer sur ces biens mobiliers le droit de rétention qui appartient au mandataire.

A propos de ce droit de rétention, il faut préciser ce qui suit : juridiquement parlant, il ne s'agit pas d'un tel droit, puisque, en vertu de l'article 895 CCS, il ne pourrait y avoir droit de rétention du représentant (et par conséquent de la masse) que sur une chose

¹ C'est ce qu'avait déjà très bien vu la majorité des juges zuricois dans l'arrêt mentionné ci-dessus.

² Contra, *Pestalozzi*, op. cit., p. 108.

³ Ce terme employé dans la rédaction française de cet article ne correspond pas au verbe allemand : *herausverlangen*, demander la distraction. Voir ci-dessus, p. 104 ss.

mobilière appartenant au représenté. Or, comme nous l'avons vu en étudiant l'exécution du contrat externe, dans les cas de représentation indirecte, ces choses ont été acquises par le représentant en son propre nom et sont donc devenues sa propriété¹. Oser et Schönenberger estiment que l'on est par conséquent en présence, non d'un droit de rétention, mais de l'exception tirée de la non exécution d'un contrat bilatéral (CO art. 82, « *exceptio non adimpleti contractus* »)².

Remarquons toutefois qu'il s'agit d'un véritable droit de rétention (CCS art. 895) lorsque le représenté a remis au représentant des choses que celui-ci a le mandat de vendre à un tiers ; elles sont en effet la propriété du représenté jusqu'au moment de leur tradition au tiers³.

Nous nous trouvons donc devant une disposition étrange quant à son contenu : l'article 401 al. 3 CO déroge expressément, d'une part au principe que toutes les obligations du failli se transforment en dettes d'argent (LPD art. 211) et, d'autre part au principe général de la loi sur la faillite selon lequel les créanciers du failli ont tous des droits égaux (LPD art. 219 et 220), en donnant le droit au mandant (bien qu'il ne soit pas propriétaire) de demander la distraction des objets mobiliers acquis pour son compte par le représentant et en accordant en contre-partie à la masse en faillite un droit de rétention qui, en réalité, est reconnu par la doctrine pour être un droit de rétention « personnel » (et non réel puisque les biens mobiliers acquis sont propriété du mandataire), auquel les dispositions des articles 895 et suivants du code civil suisse doivent être appliquées par analogie⁴. Interprété d'après son sens littéral français, le troisième alinéa de l'article 401 CO conduirait à admettre que, lors d'une représentation indirecte, le représenté devient directement propriétaire des objets acquis par le représentant en son propre nom, d'une part parce que le premier peut les « revendiquer », d'autre part parce que la masse a un « droit de rétention » sur ces objets, ce qui implique qu'ils sont propriété du représenté. Or, nous avons vu plus haut⁵ que c'est le représentant indirect qui devient propriétaire des objets qu'il acquiert en son propre nom, et non pas le représenté, même en cas d'« *animus incertus* » du tiers.

¹ Cf. *Ihering*, *Mitwirkung*, p. 330 ; *von Tuhr*, CO, I, p. 310, note 7.

² *Oser-Schönenberger*, op. cit., ad Art. 401, n° 16, p. 1495, et ad Art. 434, n° 2, p. 1585 ; *Jost*, op. cit., p. 142.

³ *Oser-Schönenberger*, op. cit., ad Art. 434, n° 1, p. 1585.

⁴ *Von Tuhr*, CO, II, p. 468-469 ; *Oser-Schönenberger*, op. cit., ad Art. 401, n° 16, p. 1495.

⁵ Ci-dessus, p. 107.

Il résulte de ces considérations que, en ce qui concerne le transfert des objets mobiliers entre le représentant indirect et le représenté, l'article 401 al. 3 CO, dans son texte français, est devenu une disposition invoquée en raison de son sens général et de l'intention dans laquelle elle a été établie, mais une disposition dont les termes sont impropres. Ainsi, le verbe « revendiquer » implique-t-il, en contradiction avec le contexte, que le mandant est devenu propriétaire de ces objets mobiliers (CCS art. 641 al. 2), alors que les principes généraux du droit enseignent que seul en est propriétaire le mandataire qui les a acquis en son propre nom (le verbe allemand : *herausverlangen*, ne permet pas cette erreur ; revendiquer devrait être remplacé par : demander la distraction) ; ainsi encore, l'expression « droit de rétention » est inexacte pour la même raison et devrait être remplacée, pour être dans un rapport logique avec le contexte, par celle de : droit de retenir ces objets jusqu'à exécution par le mandant de ses obligations.

La même remarque, en ce qui concerne le droit de rétention, peut être faite à propos de l'article 434 CO (droit de rétention du commissionnaire) ¹.

c) Créances.

Qu'en est-il des créances acquises par le représentant pour le compte du représenté lorsque le représentant tombe en faillite ? Ici encore, si aucune disposition spéciale n'était édictée, ces créances feraient partie de la masse avec les autres biens du failli et serviraient à désintéresser l'ensemble des créanciers (LPD art. 197).

L'article 401 al. 2 CO sauvegarde les intérêts du mandant en disposant qu'il possède les mêmes droits contre la masse que ceux qu'il a lorsque, à l'égard du mandataire non failli, il satisfait à ses obligations (alinéa 1). Est-ce à dire qu'il y a à nouveau cession légale de ces créances en sa faveur, ou bien est-ce simplement un droit du mandant d'exiger la cession de la créance conformément à l'article 202 LPD ?

Le texte français de cet article 401 alinéa 2 n'est pas absolument clair : « Le mandant peut faire valoir le même droit » ; or l'alinéa 1 ne parle pas de droit, mais indique qu'il y a cession légale par ces mots : « Les créances deviennent la propriété du mandant », ce qui n'est pas identique. En effet, dans ce cas, le mandant possède *ex lege* un droit sans avoir besoin de le faire valoir (il suffit qu'il ait satisfait à ses obligations envers le mandataire pour le posséder), tandis que l'alinéa 2 pourrait faire supposer que le droit qu'il pos-

¹ En droit français, au contraire, l'article 575 du code de commerce autorise le commettant à revendiquer dans la faillite du commissionnaire les marchandises déposées pour la vente ou reçues après achat ; voir *Flattet*, op. cit., p. 13.

sède doit être exercé pour être reconnu. Le texte allemand est plus explicite et tranche sans doute possible en faveur de l'interprétation de la cession légale : « Cela vaut aussi vis-à-vis de la masse... » (Dies gilt auch gegenüber der Masse) ¹. Nous renvoyons donc à ce que nous avons dit plus haut de la cession légale ; la faillite du représentant n'empêchera pas le représenté d'agir directement contre le tiers, de par la cession légale de créance.

* * *

Cette exégèse de l'article 401 alinéas 2 et 3 CO a permis de constater que le représenté qui agit par l'intermédiaire d'un représentant indirect est, dans la faillite du représentant, dans une situation privilégiée par rapport aux autres créanciers en ce qui concerne les objets mobiliers et les créances que celui-ci a acquies pour le compte du représenté (l'acquisition d'un immeuble, plus rare il est vrai, n'est pas au bénéfice d'une disposition spéciale et le représenté n'a aucun privilège de ce fait).

La loi lui accorde en effet le droit de demander la distraction des objets mobiliers acquis pour son compte, contre paiement des frais et débours, conformément à l'article 402 CO, et pour les créances, il est mis au bénéfice d'une cession légale, dès qu'il a satisfait à ses obligations.

Ainsi le législateur a tenu compte dans une grande mesure de l'intention ² qui était celle du représentant lorsqu'il a acquis les choses qui sont en sa possession au moment de la faillite et jugé équitable d'accorder des droits et avantages spéciaux à celui pour le compte duquel elles ont été acquises. Il a pris en considération le rapport juridique unissant ces deux sujets de droit.

* * *

Il est également possible de tirer une autre conclusion de cette étude consacrée aux conséquences de la faillite du représentant, à savoir que cette faillite n'a pas pour effet de créer des liens juridiques entre le représenté et le tiers. Toutefois, lorsqu'en vertu de la loi (article 401 al. 1 et 2 CO), les créances acquises par le représentant deviennent la propriété du représenté, la situation est identique à celle créée par la cession légale et le rapport juridique qui

¹ Cf. Oser-Schönenberger, op. cit., ad Art. 401, n° 7, p. 1492 ; Becker, op. cit., ad Art. 401, n° 5 *in fine*, p. 557.

² Pestalozzi, op. cit., p. 98-99, rappelle que la question se posait avant le nouveau CO de savoir si l'article 202 LPD, postérieur à l'article 399 CO ancien et plus restreint que lui, abrogeait cet article 399. Le fait qu'il fut repris textuellement par le nouveau CO (art. 401 al. 2) tranche la question : la cession de créances *ex lege* a lieu dès que la masse en faillite ne risque plus d'être lésée.

² Il faudra une preuve stricte de cette intention.

unit tiers et représenté possède le caractère spécial que nous avons reconnu plus haut ¹.

Ce résultat auquel nous aboutissons est fort différent de celui auquel est arrivé un auteur tel que Müller-Erzbach qui, on l'a déjà vu, n'avait point encore déterminé le caractère propre de la représentation indirecte. Ainsi, traitant de la faillite du représentant, il constatait ² que le représenté se trouve réduit à ne recevoir qu'un « maigre dividende de faillite, bien que son véritable débiteur, le tiers, qui devait procurer la prestation et était seul en mesure de le faire, demeurât entièrement capable de l'effectuer ». La seule solution qui, selon lui, permette de parer à cet inéquitable résultat est de reconnaître la création d'un rapport juridique direct entre le tiers et le représenté.

Nous ne pensons pas que cette solution soit indispensable. Comme nous le verrons d'une manière plus détaillée dans la troisième partie de cette étude, les problèmes délicats posés par la représentation indirecte peuvent être résolus sans qu'il soit nécessaire de recourir à la création d'un semblable rapport juridique direct. Notre solution s'inspirera de l'article 401 CO, dans lequel le législateur suisse a tenté, imparfaitement, de résoudre ces différents problèmes ; nous serons ainsi obligés d'établir une relation entre les deux rapports juridiques : représenté - représentant et représentant - tiers, puisque la cession légale des créances introduite par les deux premiers alinéas crée, dans les seuls cas où se produit cette cession, un rapport juridique d'une nature particulière entre le représenté et le tiers.

§ 3. Des effets de la faillite du représenté et du tiers

Pour être complet, nous examinerons brièvement les effets juridiques qui se produisent si le représenté ou le tiers tombent en faillite.

1. La faillite du représenté n'a aucun effet sur la situation du tiers ; car celui-ci n'est pas lié avec le représenté, mais avec le représentant ³. Ce dernier, de son côté, ne court pas de grave danger ; il peut exercer un droit de rétention sur les objets acquis jusqu'à ce que la masse en faillite du représenté l'ait dédommagé de ses frais et débours. Ce droit de rétention ne trouve pas son origine dans la loi (sauf en ce qui concerne le contrat de commission, CO

¹ Ci-dessus, p. 123-124.

² Müller-Erzbach, op. cit., p. 27.

³ Les quelques lignes consacrées par Pestalozzi à ce sujet sont sans pertinence (op. cit., p. 100, II, 1) ; elles résultent d'une fausse interprétation de la situation des parties.

art. 434) ; dans ces conditions, quel est son fondement ? Von Tuhr¹ estime qu'il est conforme à l'équité et au droit en vigueur que le mandant ne puisse répéter sa chose² sans rembourser les impenses de l'autre partie ; il s'agit là d'un « droit de rétention personnel » permettant à l'une des parties de refuser sa prestation jusqu'à ce qu'elle ait obtenu la contre-prestation qui lui est due. Von Tuhr admet donc dans ces cas l'admission par analogie des dispositions relatives au droit de rétention (CCS art. 895 ss.)

Si le représentant a acquis des créances, il y aura cession légale si la masse satisfait aux obligations du représenté à son égard³ ; dans les autres cas, par exemple si le représentant a conclu avec le tiers des engagements plus étendus, il en sera personnellement responsable⁴.

2. La faillite du tiers l'empêche de remplir ses obligations à l'égard du représentant ; celui-ci se trouve vis-à-vis du tiers failli dans la même situation que tout autre créancier. Les dispositions de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite trouvent leur application ordinaire. Une responsabilité du représentant, s'il a conclu avec un tiers manifestement insolvable, pourra éventuellement être retenue à sa charge par le représenté ; cette responsabilité sera appréciée selon les règles générales et, le cas échéant, d'après le contrat qui le lie au représenté.

§ 4. Conclusion

Nous avons donné pour titre à ce chapitre la phrase suivante : Un rapport juridique direct peut-il se former entre le représenté et le tiers ? La réponse — affirmative — que nous devons faire à cette question nous permettra de préciser le caractère spécifique de la représentation indirecte.

En effet, des considérations que nous avons faites dans les deux premiers paragraphes de ce chapitre, il résulte qu'un rapport juridique direct entre représenté et tiers ne peut s'établir que dans deux éventualités :

¹ Von Tuhr, CO, II, p. 468-469.

² Von Tuhr a vraisemblablement en vue ici le cas du mandataire agissant au nom du mandant puisqu'il parle de la chose de ce dernier ; il remarque plus loin (ibidem, p. 469) que l'on rencontre, lorsqu'il y a mandat d'acheter une chose qui ne passera pas directement dans la propriété du mandant, un cas analogue à ceux des articles 82 et 83 CO (exécution des contrats bilatéraux) puisqu'il s'agit d'un échange de prestations. Cf. ci-dessus p. 104 ss.

³ L'article 401 al. 1 CO est applicable ; cf. Oser-Schönenberger, op. cit., ad Art. 401, n° 5, p. 1492.

⁴ Pestalozzi, op. cit., p. 100, II, 2.

a) en cas de cession de créance, conventionnelle ou légale — dans ce dernier cas, il est nécessaire que le mandant ait satisfait à ses obligations, que le représentant soit ou non tombé en faillite —, le représenté acquiert à titre dérivé une créance contre le tiers ; il n'y a pas entre eux de lien juridique né de leur consentement mutuel. Le représenté pourra seulement réclamer au tiers le paiement de la créance et le tiers pourra opposer au représenté un certain nombre d'exceptions ;

b) en cas de reprise de dette, un rapport juridique direct lie ces deux parties si le tiers consent au changement de débiteur. Dans ce cas, il s'agit d'un contrat de reprise de dettes.

L'existence d'un tel lien juridique direct entre représenté et tiers dans ces deux éventualités ne permet pas de conclure que ce rapport juridique qui s'établit entre ces deux sujets de droit est l'une des conditions constitutives de la représentation indirecte ; il n'en constitue au contraire qu'une conséquence. En effet, il saute aux yeux que ces deux éventualités ne se produisent pas dans tous les cas de représentation indirecte ; il arrive fort souvent qu'il n'y ait lieu ni à cession de créance, ni à reprise de dette. Ainsi, la création d'un rapport juridique direct entre représenté et tiers, avec les réserves que nous avons apportées quant à sa nature et à son contenu, apparaît à titre subsidiaire — à l'occasion seulement du règlement de comptes interne entre représentant et représenté — dans certains cas de représentation indirecte.

Ces précisions permettent de nuancer la réponse affirmative que nous donnons à la question posée en tête de ce chapitre. Certes, un rapport juridique direct peut se former entre le représenté et le tiers, mais ce rapport n'est pas nécessaire à la représentation indirecte ; dans les cas où il prend naissance, il ne se crée jamais avant que se soit formé le rapport juridique qui s'établit entre le représentant et le tiers ; ce sera éventuellement à l'occasion de l'exécution du contrat conclu entre ces deux personnes que le rapport juridique représenté - tiers pourra se former. Il s'agit par conséquent d'un rapport juridique secondaire et contingent.

Nous pouvons maintenant caractériser exactement le mécanisme de la représentation indirecte :

La représentation indirecte est une institution autonome, constituant au point de vue économique une seule opération, mais étant au point de vue juridique un complexe de deux rapports juridiques distincts ¹, l'un unissant le représenté et le représentant, l'autre unis-

¹ Cf. *Pestalozzi*, op. cit., p. 59 : « Die Stellvertretung ist das Rechtsverhältnis, welches zweierlei Rechtsbeziehungen miteinander verbindet, die Rechtsbeziehungen aus dem Grundgeschäft und aus dem Ausführungsgeschäft ».

sant le représentant et le tiers, consistant généralement en un contrat bilatéral générateur d'obligations. Le représentant, qui est partie à l'un et à l'autre de ces deux rapports juridiques, est l'intermédiaire obligatoire par lequel le représenté et le tiers se trouvent mis en contact ¹, sans pour cela qu'un rapport juridique direct prenne naissance entre eux. Toutefois — et c'est là l'exception qui confirme la règle — le législateur a estimé qu'il y avait lieu, dans les deux éventualités rappelées ci-dessus, de mettre ces deux sujets de droit en rapport direct.

¹ Dans le même sens, *Flattet*, op. cit., n° 56, p. 216.

SECTION II

Résultats

Dans la seconde partie de cet ouvrage, nous nous sommes proposé de rechercher si la représentation indirecte est théoriquement une notion juridique définissable, douée d'une existence propre et si elle possède des caractères qui la distinguent et la différencient de certaines institutions similaires. C'est pourquoi nous avons examiné la construction juridique de l'institution qualifiée de représentation indirecte par le droit allemand et, à sa suite, par le droit suisse. Il convient maintenant de préciser les résultats auxquels nous sommes parvenu.

La représentation indirecte est une opération juridique qui requiert généralement la participation de trois sujets de droit (rares sont en effet les cas dans lesquels le représentant fait la contrepartie). Cette situation implique la création entre eux de différents rapports juridiques bilatéraux : d'une part, création entre le représenté et le représentant d'un contrat dont le contenu est de charger celui-ci de faire en son propre nom un acte juridique pour le compte de celui-là ou existence d'une gestion d'affaires ; d'autre part création entre le représentant et le tiers d'un contrat dont les effets seront transférés par le représentant au représenté.

De cet énoncé résultent les conséquences suivantes :

a) la participation de trois sujets de droit n'est pas de l'essence de la représentation indirecte et ne doit donc pas être mentionnée dans la définition ;

b) l'existence d'un contrat entre le représenté et le représentant n'est pas non plus de l'essence de la représentation indirecte ; en revanche, il y a toujours entre eux un rapport de droit (contrat ou gestion d'affaires) dont l'objet est de concrétiser l'intention du représentant et de déterminer, dans les relations représenté - représentant, les conséquences juridiques du contrat conclu par le représentant avec le tiers, conséquences consistant dans des droits et obligations du représenté et du représentant.

Tantôt le rapport de droit représenté - représentant est la cause de l'intention de ce dernier d'agir pour le compte du premier (contrat), tantôt c'est la conséquence de cette intention (gestion d'affaires).

fares). Ou bien il existe un rapport de droit préalable en vertu duquel le représentant est tenu — ou au moins autorisé — à agir envers le tiers pour le compte du représenté, ou bien un rapport de droit entre représenté et représentant prend naissance par suite de l'acte accompli par le représentant pour le compte du représenté.

Il y a donc bien toujours un rapport entre le représenté et le représentant.

En revanche, aucun rapport juridique ne se forme entre le représenté et le tiers, sauf — et dans ces cas seulement d'une manière contingente — lorsque, à l'occasion de l'exécution du contrat qui lie représenté et représentant se produit en faveur du premier une cession de créances ou lorsqu'il conclut avec le tiers une reprise de dettes.

Constituée donc par la création de deux rapports juridiques entre trois sujets de droit dont l'un, le représentant, est partie à ces deux rapports, la représentation indirecte apparaît comme un phénomène juridique complexe. Pour qu'elle prenne naissance, un ensemble de relations doit être créé dans les conditions que nous avons étudiées entre les trois sujets de droit intéressés. Le droit positif connaît de nombreux exemples de tels complexes juridiques auxquels recourent les sujets de droit pour parvenir à un but économique déterminé ; ainsi l'acte fiduciaire formé par la conclusion entre le fiduciaire et le fiduciaire d'un acte de transfert et d'une convention interne ; ainsi l'assignation qui permet à une personne (l'assignant) liée avec deux autres (l'assigné et l'assignataire) de mettre en relation directe ces deux sujets de droit, eux-mêmes non liés entre eux. Rien ne s'oppose donc, dans un droit positif qui admet la liberté des conventions, à l'admission de la représentation indirecte en tant que complexe juridique possédant des caractéristiques déterminées.

Il convient dès lors de préciser la nature juridique de la représentation indirecte.

En effet, d'une part nous affirmons qu'elle est un complexe de rapports juridiques créés entre trois sujets de droit, qu'elle a donc à sa base un ensemble de faits qui font d'elle une institution de droit positif à l'instar de l'acte fiduciaire ou de l'assignation, et d'autre part nous la qualifions de représentation, terme que la doctrine définit comme la faculté conférée à une personne d'accomplir des actes juridiques pour une autre personne¹. La représentation directe comme telle n'est donc pas un contrat ou un ensemble de contrats, mais bien plutôt, comme l'indique la place qu'elle occupe dans les

¹ Cf. *von Tuhr*, Allg. Teil, § 84, p. 333 ss. ; *CO*, I, p. 282. Pour *Flattet*, op. cit., p. 10, c'est « un procédé technique bien défini qui confère à autrui la qualité de partie et la met donc directement en rapport avec le cocontractant ».

codifications allemande et suisse, un mode de formation des contrats¹. Ainsi définie, la représentation directe est la faculté conférée par le droit objectif à un sujet de droit d'agir « au nom » d'un autre sujet de droit ; de là à conclure qu'on ne peut parler de représentation que lorsqu'une personne agit au nom d'une autre, il n'y a qu'un pas à franchir qui fut effectivement franchi par la doctrine, en particulier par de Saussure dans sa thèse récente. Il s'exprime de la manière suivante² : « Le propre de la représentation est de faire naître des effets de droit directement pour un tiers ; comment peut-elle être indirecte ? Comme le soulignait déjà Laband, parler de représentation indirecte est une « *contradictio in adjecto* »³. Pour éviter ce résultat, il faudrait donner à représentation un sens large correspondant au genre dont les deux espèces seraient la représentation directe et la représentation indirecte. Représenter quelqu'un ne signifierait plus alors que faire un acte juridique pour le compte d'un tiers. Notons que, dans ce sens, ce terme se rencontre rarement sauf lorsqu'on oppose représentation directe et indirecte. Ce sens de représentation n'est repris ni par le code suisse, ni par le BGB, ni par l'usage. Il n'a, croyons-nous, pas d'autre utilité que d'empêcher la représentation indirecte d'être une « *contradictio in adjecto* ». »

Nous nous trouvons donc indiscutablement ici devant un problème qui dépasse un simple conflit de terminologie ; la représentation comme telle et la représentation indirecte sont deux concepts juridiques de nature essentiellement différente : les désigner par le terme commun de représentation constitue une erreur doctrinale et permet les confusions qui ont conduit de nombreux auteurs à ignorer ou à méconnaître complètement la nature du second de ces concepts.

Il apparaît ainsi souhaitable que deux désignations différentes et ne prêtant pas à confusion quant à la nature juridique de ces concepts soient désormais employées pour désigner, d'une part la représentation, communément appelée représentation directe, action de faire une déclaration de volonté au nom d'une autre personne

¹ Cf. *Oser-Schönenberger*, op. cit., ad Art. 32, n° 1, p. 216 : Die jetzige Stellung des Abschnittes charakterisiert die Stellvertretung als Hilfsmittel beim Abschluss eines Rechtsgeschäfts ; *Reymond*, op. cit., p. 81. Sur la nature de la représentation, cf. *de Saussure*, op. cit., p. 9 ss. ; cet auteur soutient d'ailleurs que la « représentation appartient au domaine non pas de la conclusion mais à celui du contenu de l'acte juridique » (p. 12). Que l'on opte pour l'une ou l'autre de ces théories, il n'en reste pas moins que la représentation doit être examinée dans tous les cas dans le cadre de l'acte juridique.

² *De Saussure*, op. cit., p. 50 ; *Reymond*, op. cit., p. 81, le suit dans ses conclusions.

³ *Laband*, Die Stellvertretung bei dem Abschluss von Rechtsgeschäften, p. 195 ; il avait lui-même repris les termes de « *contradictio in adjecto* » chez *Unger*, Oesterreichisches Privatrecht, Tome II, p. 135, note 22.

(c'est-à-dire de manifester la volonté de produire immédiatement des effets juridiques pour ou contre cette personne), et d'autre part la représentation indirecte, institution juridique complexe, selon laquelle une personne agit en son propre nom pour le compte d'une autre personne, ce qui exige la création de deux rapports juridiques. Il importe de maintenir au premier de ces concepts la qualification de représentation qui lui est reconnue de manière unanime par la doctrine et les législations allemande et suisse.

La question se pose alors de savoir comment il convient de désigner la représentation indirecte, phénomène juridique autonome et possédant un caractère propre. Puisque le terme de représentation par lequel on entend le fait de produire immédiatement des effets juridiques pour ou contre une personne ne correspond pas à la situation de droit de la représentation indirecte dans laquelle le représentant agit en son propre nom, il serait bon que la terminologie future spécifiât l'élément essentiel de cette institution juridique. On peut le trouver dans le fait qu'une personne charge une autre d'agir à sa place sans qu'elle paraisse ; elle utilise le représentant comme une sorte d'écran derrière lequel elle tient à rester inconnue ou cachée ; on peut ainsi dire qu'elle conclut un acte juridique par personne interposée.

La terminologie du droit français peut être, croyons-nous, de quelque utilité dans la recherche de la qualification la meilleure pour désigner la représentation indirecte. On a vu plus haut que le complexe de la représentation indirecte est connu du droit français sous différentes dénominations : interposition réelle, prête-nom, mandat sans représentation, commission civile. C'est à notre avis la première qui est la meilleure et qui pourrait être généralement admise ; en effet, le terme de prête-nom permet de penser qu'une personne prête son nom à une autre qui agira elle-même, alors que c'est le représentant qui intervient à l'égard du tiers ; d'autre part, tant mandat sans représentation que commission civile peuvent donner lieu à confusion avec les contrats spéciaux de mandat et de commission. L'avantage de la désignation d'« interposition réelle » ou « d'interposition de personnes » est de faire ressortir le mécanisme exact de la situation de fait : le représenté interpose une autre personne entre lui et le tiers, de même que le représentant, agissant en son propre nom, s'interpose visiblement entre le représenté et le tiers. En outre, comme nous le verrons dans la dernière partie de cette étude, la notion d'interposition de personnes n'est pas inconnue du droit suisse¹ ; c'est là un élément important qui devrait contribuer à l'adoption par les juristes de notre pays de la désigna-

¹ Ci-dessous, p. 168.

tion d'interposition de personnes pour qualifier l'institution juridique connue sous le nom de représentation indirecte¹.

* * *

En résumé, un triple résultat se dégage de notre étude :

1) Nous avons d'abord reconnu que la représentation indirecte que connaissent les droits allemand et suisse n'est pas une notion vide de sens, mais qu'elle recouvre au contraire une véritable institution juridique, possédant un caractère spécial et bien déterminé par rapport à d'autres institutions similaires, qu'elle est soumise à des règles précises qui la rendent en une certaine manière autonome.

2) Il est alors apparu que cette institution, désignée par le nom de représentation indirecte, n'est pas à proprement parler une espèce de représentation suivant l'acception donnée à cette notion par les législations et la doctrine allemandes et suisses. Représentation indirecte et représentation directe sont en effet deux concepts dont la nature juridique est différente.

3) Dans ces conditions, l'adoption pour qualifier la représentation indirecte d'une nouvelle dénomination, plus conforme à la situation de fait, apparaît souhaitable pour bien marquer, d'une part, le mécanisme interne de cette institution juridique, et d'autre part, la différence qui la sépare du concept de représentation. Le terme d'interposition de personnes semble répondre à ces deux exigences.

Après avoir achevé cette étude théorique de la représentation indirecte, il nous paraît utile d'examiner, d'une manière concrète, comment cette institution se trouve réglée dans le droit suisse *de lege lata*, dans quelles situations la théorie de la représentation indirecte se trouve appliquée, et de considérer ensuite, *de lege ferenda*, s'il n'y aurait pas lieu de fixer dans la législation les règles fondamentales de cette institution.

Ce sera là l'objet de la dernière partie de cette étude.

¹ Nous nous inscrivons donc en faux contre l'affirmation de *Reymond*, op. cit., p. 84, selon laquelle « il n'y a pas, en droit suisse, une notion juridique de l'acte conclu par personne interposée ».

TROISIÈME PARTIE .

La représentation indirecte
en droit suisse

SECTION I

Situation actuelle de la législation, de la doctrine et de la jurisprudence

CHAPITRE I

La législation

§ 1. Les dispositions de caractère général relatives à la représentation indirecte

Le droit suisse en vigueur ne connaît pas de réglementation détaillée de la représentation indirecte, à l'instar de celle qu'il a prévue pour la représentation directe aux articles 32 à 39 du code des obligations de 1911. Toutefois, contrairement à ce qu'ont fait les rédacteurs des codes civils français et allemand, le législateur suisse a édicté quelques dispositions applicables aux cas dans lesquels il y a représentation indirecte ; ainsi, bien loin de se trouver devant une réglementation cohérente de cette matière, le praticien suisse est-il en présence de dispositions disséminées dans la législation qui ne lui permettent pas de se faire une vue générale du problème.

Ces dispositions sont les suivantes :

1. *CO art. 32 alinéa 3.*

Cet alinéa, inclus dans les articles du code des obligations relatifs à la représentation directe, a la teneur suivante : « Dans les autres cas (ceux dans lesquels une personne autorisée n'a pas agi au nom d'une autre personne, ceux dans lesquels le tiers contractant ne devait pas inférer des circonstances qu'il existait un rapport de représentation entre le représenté et le représentant et ceux dans lesquels il ne lui était pas indifférent de traiter avec l'un ou avec l'autre, alinéas 1 et 2), une cession de la créance ou une reprise de la dette est nécessaire en conformité des principes qui régissent ces actes ».

Il est intéressant de rechercher l'origine de cette disposition.

Le premier projet de loi fédérale concernant le droit des obligations, daté de 1876, traitait en son titre X des mandataires, préposés et gérants, mais ne contenait aucune précision relative au cas de l'intermédiaire qui traite en son propre nom. Par contre, le projet de juillet 1877, postérieur d'une année seulement, contenait un article 457 a ainsi rédigé : « Le mandataire qui a traité en son propre nom avec un tiers devient personnellement créancier ou débiteur de ce tiers. — De tels actes n'établissent aucun lien de droit entre le mandant et le tiers ».

En juillet 1879, le Département fédéral de Justice et Police présentait un nouveau projet qui sortait du chapitre sur le mandat les dispositions relatives aux contrats conclus par le représentant pour les insérer dans la partie générale de la loi (art. 42 - 55). L'article 43 avait la teneur suivante : « Si, lors de la conclusion du contrat, le représentant ne s'est pas fait connaître comme tel, le représenté ne devient directement créancier ou débiteur que dans les cas où l'autre contractant devait inférer des circonstances qu'il existait un rapport de représentation. — Dans tous les autres cas, une cession de créance ou une acceptation de la dette, selon les principes qui régissent ces actes, sont nécessaires ».

Cette disposition, légèrement modifiée, devint l'article 37 du projet du Conseil fédéral du 10 mai 1881 et fut reproduite sans changement dans le code fédéral des obligations du 14 juin 1881 en vigueur jusqu'en 1911.

Lors des travaux entrepris pour adapter ce code et en faire une partie intégrante du code civil suisse, cet article 37 fut repris tel quel quant au fond, avec la réserve que le cas de l'« animus incertus » fut introduit, et constitua, amélioré quant à la rédaction, les alinéas 2 et 3 de l'article 32 du code des obligations actuel.

L'apparition subite de l'article 457 a du projet de 1877, suivie de sa disparition imprévue aussi bien que rapide puisque le projet de 1879 ne le reproduisait plus, est intéressante. On peut penser que les membres des commissions d'experts qui supprimèrent cette disposition considéraient qu'il allait de soi qu'un mandataire agissant en son propre nom devint créancier ou débiteur du tiers avec qui il contractait, et qu'il était par conséquent inutile de prévoir expressément le cas dans la législation.

Il est à notre avis fort regrettable que cette précision ait disparu, car la rédaction de l'article 32 alinéas 2 et 3 du code actuel n'est pas heureuse, tant du point de vue de la forme que de celui du sens. En effet, ces alinéas contribuent à maintenir la confusion faite entre représentation directe et représentation indirecte. Ainsi que nous l'avons remarqué plus haut¹, on est tenté, en faisant l'exégèse de

¹ Ci-dessus, p. 43.

ces dispositions, de considérer la représentation indirecte comme un succédané de la représentation directe (si l'on n'agit pas au nom d'une autre personne, alors on agit en son propre nom), ce qui est une erreur de logique, et l'on est également tenté de considérer que ces deux genres de représentation possèdent une même nature juridique, ce qui, comme nous l'avons démontré, est inexact. D'autre part, la teneur de l'alinéa 3 de l'article 32 est abstruse ; en effet, dire que « dans les autres cas (seul l'examen des deux premiers alinéas permet de conclure que ce sont ceux dans lesquels le représentant a agi en son propre nom) une cession de la créance ou une reprise de la dette est nécessaire », c'est passer complètement sous silence les caractéristiques essentielles de la représentation indirecte et attirer l'attention sur des conséquences secondaires du rapport interne qui lie les deux parties sans avoir préalablement posé un principe général. Le moins que l'on puisse dire en conclusion est qu'il s'agit là d'une disposition obscure et mal rédigée.

2. CO art. 401 alinéas 1, 2 et 3.

L'art. 401 CO figure dans la partie spéciale du code des obligations au titre treizième consacré au mandat ; il est donc applicable au contrat de mandat et aux autres contrats pour la réglementation desquels la loi renvoie aux règles sur le mandat : commission (CO art. 425 al. 2), expédition (CO art. 439), transport (CO art. 440 al. 2).

Cette disposition a été introduite dans le dessein de régler le transfert des droits, spécialement des créances acquises par un mandataire agissant en son propre nom pour le compte du mandant ; elle concerne également les droits du mandant en cas de faillite du mandataire.

Nous avons déjà montré, en étudiant cette disposition à propos des cas dans lesquels il y a lieu à cession de créances entre représenté et représentant et des cas de faillite du représentant¹, quel est le contenu essentiel de cet article et quelles critiques il y avait lieu de faire à cet égard ; nous renvoyons à ce que nous avons dit à ce sujet.

Ces deux dispositions, article 32 al. 3 et article 401 CO, sont les seules du code des obligations dans lesquelles on puisse trouver, quoique incomplète, une réglementation de la représentation indirecte ; on conçoit donc que cette institution soit fort mal connue des juristes de notre pays, puisque la première d'entre elles est extraordinairement imprécise et que la seconde ne se rapporte qu'à des contrats déterminés.

¹ Ci-dessus, p. 117 ss. et 126 ss.

§ 2. Des différents cas dans lesquels il est fait application de la représentation indirecte

Si la représentation indirecte est mal réglée en droit suisse en tant qu'institution juridique, de nombreux cas dans lesquels elle joue un rôle sont prévus par le législateur. Nous passerons brièvement en revue les plus importants¹.

1. *Le contrat de mandat (CO art. 394 ss.).*

Lorsqu'un mandant charge un mandataire d'agir dans son intérêt, le mandat peut être exécuté par le mandataire, soit au nom du mandant, soit en son propre nom, selon la volonté des parties. Dans cette dernière éventualité, d'ailleurs expressément prévue par le code (CO art. 401), se trouve concrétisée la situation de base de la représentation indirecte : une personne charge une autre, par un contrat de mandat, d'agir en son propre nom pour le compte de la première ; il n'est donc pas nécessaire de s'attarder plus longuement sur le cas du mandat, cas qui a été examiné dans la seconde partie de cette étude.

2. *Le contrat de commission (CO art. 425 ss.).*

Du point de vue pratique, le contrat de commission est celui qui fait le plus appel à la théorie de la représentation indirecte. En effet, le commissionnaire est précisément le type même du représentant indirect, puisqu'il est, d'après la définition de l'article 425 CO, « celui qui se charge d'opérer en son propre nom, mais pour le compte du commettant, la vente ou l'achat de choses mobilières ou de papiers-valeurs ». Cette limitation des objets sur lesquels porte le contrat de commission montre bien que le commissionnaire n'est pas le seul type de représentant indirect qui, on l'a vu, peut également être chargé d'opérer la vente ou l'achat de choses immobilières ou, par exemple, d'encaisser des créances.

Le code, à juste titre, ne règle dans le titre consacré au contrat de commission, que les effets du contrat conclu entre le commettant et le commissionnaire. Il aurait été erroné d'insérer parmi ces dispositions un article qui eût précisé les rapports entre ces deux sujets de droit et le tiers qui traite avec le commissionnaire. C'est ce qu'avait pourtant prévu le projet d'un code de commerce suisse datant de 1864 qui contenait les deux articles suivants :

¹ Sur d'autres cas dans lesquels une personne conclut en son propre nom pour le compte d'autrui, cf. *Oser-Schönenberger*, op. cit., Vorb. zu Art. 425-439, n° 2, p. 1560-1561. Il importe de préciser que le contrat estimatoire (ou de consignation) n'est pas l'un de ces cas, car celui à qui sont remises des marchandises en soumission les vend en son propre nom et pour son propre compte ; cf. *Oser-Schönenberger*, ibidem, n° 9, p. 1562, et RO 55 II 39 = JDT 1929 I 322, spécialement 326.

Art. 263 : Le commissionnaire s'engage personnellement envers les tiers ; il n'existe entre le commettant et les tiers créanciers ou débiteurs du commissionnaire aucun lien de droit.

Art. 264 : Le commettant ne peut faire valoir une créance résultant d'une opération faite par le commissionnaire, avant que cette créance ne lui ait été cédée par celui-ci.

Entre le commettant et le commissionnaire ou les créanciers de celui-ci, la créance est considérée comme appartenant au premier, lors même qu'elle n'aurait pas été cédée, sans préjudice du droit de rétention du commissionnaire (art. 270).

De telles dispositions ont une portée générale et devraient, plutôt que de figurer au titre de la commission, être introduites dans un titre spécial relatif à la représentation indirecte. En effet, elles règlent les rapports juridiques qui prennent naissance entre les trois sujets de droit intéressés, autrement dit elles posent les principes de la représentation indirecte en tant que telle. En revanche, le législateur qui ne désire établir que les règles du contrat de commission doit se limiter à la réglementation du rapport juridique qui prend naissance entre le commettant et le commissionnaire et des effets que déploie ce rapport entre eux. C'est là le caractère spécifique du contrat de commission, à savoir l'engagement que prend le commissionnaire d'agir pour le compte du commettant, moyennant le paiement par celui-ci d'une commission au premier. Ainsi le contrat de commission est un contrat bilatéral parfait.

La distinction qu'il y a lieu de faire entre le contrat de commission et la représentation indirecte apparaît manifestement ici¹ : le contrat de commission lie deux parties, le commettant et le commissionnaire, et règle leurs rapports juridiques réciproques, tandis que la représentation indirecte est le complexe des deux rapports juridiques qui lient d'une part représenté et représentant et d'autre part représentant et tiers ; elle a pour but de préciser les rapports de ces trois sujets de droit entre eux.

C'est par conséquent à bon droit que les articles 263 et 264 du projet de code de commerce de 1864 n'ont pas été repris dans le code actuel.

La situation du commissionnaire-expéditeur (CO art. 439) est semblable à celle du commissionnaire ; il agit également comme un représentant indirect.

¹ La définition du contrat de commission que donne *Funk*, op. cit., ad art. 425, n° 1, p. 258 : « Le contrat de commission se caractérise dès lors comme une sorte particulière de mandat dont une des conditions est la représentation indirecte » est donc inexacte. La représentation indirecte n'est pas une des conditions du mandat, elle est au contraire une institution juridique qui peut être créée à l'occasion d'un mandat donné par le représenté au représentant.

3. *L'associé d'une société simple qui traite en son propre nom (CO art. 543 al. 1).*

L'article 543 al. 1 CO qui figure dans le titre consacré à la société simple est ainsi rédigé : « L'associé qui traite avec un tiers pour le compte de la société, mais en son nom personnel, devient seul créancier ou débiteur de ce tiers ».

Cette disposition n'exige pas d'explication détaillée ; elle ne fait que consacrer la situation du représentant indirect telle que nous l'avons décrite. Siegwart relève avec raison dans son commentaire¹ qu'en cas de doute sur le fait de savoir si l'associé a agi en son propre nom ou au nom de la société, il y a présomption en faveur de l'acte fait par l'associé en son propre nom.

4. *La lettre de change tirée pour le compte d'un tiers (CO art. 993 al. 3).*

La loi prévoit expressément qu'une lettre de change peut être tirée pour le compte d'un tiers. Arminjon et Carry s'expriment à ce sujet de la manière suivante² :

« La lettre de change peut être tirée par mandataire ; elle peut l'être pour le compte d'un tiers ; il arrive, en effet, que le tireur agisse pour le compte d'autrui bien qu'il se présente comme le véritable créateur du titre qu'il a signé de son nom. Le tireur apparent est le « tireur pour compte » ; celui dont il exécute les instructions est le « donneur d'ordre » ; son nom figure le plus souvent sur la lettre dans la formule suivante : « veuillez payer ... la somme de ... que vous passerez au compte de M. X. ».

« Le tireur pour compte joue le rôle d'un commissionnaire : vis-à-vis du preneur et des porteurs successifs, c'est un véritable tireur ; il est tenu envers eux et cela quand bien même le nom du donneur d'ordre figurerait dans la lettre. C'est dire, en même temps, que le donneur d'ordre n'assume envers les porteurs de la lettre aucune obligation cambiaire. Les obligations réciproques du donneur d'ordre et du tireur pour compte se déterminent d'après le rapport juridique de droit commun qui les unit ; elles sont complètement étrangères au droit de change. »

Il s'agit donc bien d'un cas de représentation indirecte : le tireur signe le titre de son propre nom ; il agit pour le compte d'un « donneur d'ordre » dont le nom ne figure pas obligatoirement sur le titre ; le tireur est responsable envers le preneur et les porteurs successifs, et cela même si le nom du donneur d'ordre, qui n'assume aucune obligation cambiaire, figure sur le titre, de la même façon

¹ Siegwart, Die Personengesellschaften, ad Art. 543, nos 4-6, p. 168-170.

² Arminjon et Carry, La lettre de change et le billet à ordre, p. 227-228.

que le représentant indirect est seul responsable vis-à-vis du tiers, même si celui-ci connaît l'identité de ce représenté.

C'est là un cas d'application très pur des principes que nous avons établis dans la seconde partie de cette étude.

5. *L'assurance pour le compte d'autrui (LCA art. 5 al. 2, 16, 17 et 18 al. 2).*

La disposition de base est celle de l'article 16 de la loi sur le contrat d'assurance : « Le preneur d'assurance peut contracter l'assurance ou pour son propre compte ou pour le compte d'autrui, avec ou sans désignation du tiers assuré »¹.

Les cas dans lesquels le preneur d'assurance conclut pour le compte d'autrui sont extrêmement nombreux ; il suffit de penser aux assurances conclues par les chefs d'entreprises contre les accidents dont peuvent être atteints leurs employés, ouvriers ou leur personnel de maison. Le preneur d'assurance agit comme un représentant indirect : il conclut avec l'assureur un contrat en son propre nom mais pour le compte de tiers. L'assureur est mis au courant du rapport interne qui régit preneur d'assurance et assuré, mais il ne connaît pas obligatoirement l'identité de l'assuré².

Les caractères spéciaux et l'importance économique de cette forme d'assurance ont conduit le législateur à insérer dans la loi certaines précisions supplémentaires. C'est ainsi qu'il a prévu, relativement aux faits importants pour l'appréciation du risque (art. 5 al. 2 LCA), que de tels faits, s'ils sont ou doivent être connus du tiers assuré lui-même ou de son intermédiaire, devront être déclarés à l'assureur. De plus, l'article 17 LCA précise deux points essentiels si le preneur a agi sans être mandaté (gérant d'affaires) : l'alinéa 1 prévoit que l'assureur est lié, « même si le tiers assuré ne ratifie le contrat qu'après le sinistre » ; l'alinéa 2 pose implicitement le principe que l'assuré, et non le preneur d'assurance, est seul en droit de réclamer directement à l'assureur l'indemnité due en cas de sinistre³ ; ce n'est que dans les deux cas prévus par cette disposition que le preneur aura qualité pour demander à l'assureur le paiement de l'indemnité, c'est-à-dire d'une part lorsque le preneur d'assurance

¹ Il importe de ne pas confondre l'assurance pour compte d'autrui dans laquelle est assuré l'intérêt que possède un tiers à être protégé contre tel événement déterminé (preneur d'assurance et assuré sont donc nécessairement deux personnes différentes) et l'assurance au profit d'un tiers (art. 76 LCA), dans laquelle le preneur d'assurance assure son propre intérêt au profit d'un tiers, qui lui n'est pas assuré (cf. Roelli, Kommentar zum Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Tome I, chiffre 3, ad Art. 16-17, p. 244).

² Cf. Pestalozzi, op. cit., p. 41-43.

³ Guhl, op. cit., p. 711-712.

a reçu de l'assuré le mandat sans réserve de conclure l'assurance, et d'autre part lorsqu'il était légalement tenu de conclure l'assurance. Pour Roelli, ces exceptions sont justifiées, car dans ces deux cas « la possibilité d'une spéculation est exclue par le fait que le tiers sait qu'il est assuré » ¹.

Il importait de préciser spécialement dans la loi ce droit de de l'assuré, sans quoi le principe de la représentation indirecte eût été applicable selon lequel le preneur d'assurance qui a conclu l'affaire est seul en droit de réclamer l'indemnité à l'assureur ².

De par sa nature même, l'assurance pour compte d'autrui ne peut donc pas être assimilée complètement à un rapport de représentation indirecte. Son but est de protéger l'assuré contre les risques du sinistre dont il peut être atteint en lui accordant une créance d'indemnité contre l'assureur qui a accepté de couvrir ces risques. La personne de l'assuré, ou tout au moins sa situation personnelle (domestique, ouvrière de campagne, employé de bureau), n'est par conséquent pas indifférente à l'assureur qui s'engagera avec le preneur d'assurance en fonction même de cette personne, de sa situation personnelle et des risques qu'elle court. Il est d'autre part certain que l'assuré trouve dans l'assurance un intérêt manifestement plus évident que le preneur.

Ces considérations permettent de comprendre pour quelles raisons, dans l'assurance pour compte d'autrui, la théorie de la représentation indirecte ne peut être appliquée telle quelle ; il a fallu en particulier déroger à la règle selon laquelle représenté et tiers, en l'occurrence assuré et assureur, ne sont pas liés par un rapport juridique direct, et reconnaître, dans une certaine mesure tout au moins, l'existence d'un tel rapport entre assuré et assureur. Il s'ajoute ainsi à la représentation indirecte, *ex lege*, un effet de stipulation pour autrui.

Aussi l'alinéa 3 de l'article 17 LCA prévoit-il que « l'assureur n'a pas le droit de compenser les créances qu'il peut avoir contre le preneur avec l'indemnité qu'il doit à l'assuré ». Dès la survenance du sinistre, l'assuré acquiert une créance directe contre l'assureur (c'est ce que prévoit l'article 87 LCA : « L'assurance collective contre les accidents donne au bénéficiaire, dès qu'un accident est survenu, un

¹ Roelli, *op. cit.*, chiffre 3 ad Art. 16-17, p. 248.

² Pestalozzi, *op. cit.*, p. 75-76, relève qu'en ce qui concerne les droits le preneur d'assurance est le représentant direct de l'assuré. Cet auteur a probablement écrit ces mots parce que l'étude de l'art. 17 al. 2 LCA l'avait conduit à reconnaître le droit direct de l'assuré contre l'assureur. Nous pensons toutefois que cette formule n'est pas adéquate, car le preneur a conclu le contrat en son propre nom, ce qui exclut la représentation directe. Pestalozzi semble d'ailleurs s'être corrigé plus loin (p. 116) : « Im übrigen aber macht er (le preneur d'assurance) die Ansprüche eben als indirekter Stellvertreter geltend ».

droit propre contre l'assureur »)¹; l'assureur ne peut donc compenser sa dette envers l'assuré avec une créance éventuelle contre le preneur d'assurance. Ce rapport direct apparaît également dans l'article 18 LCA qui donne à l'assureur « le droit de réclamer aussi à l'assuré le paiement de la prime (qui constitue l'obligation du preneur d'assurance), lorsque le preneur est devenu insolvable et qu'il n'avait pas encore reçu la prime de l'assuré ».

En résumé, l'assurance pour le compte d'autrui repose en droit suisse sur un système de représentation indirecte, en tout cas tant qu'aucun sinistre n'est survenu², système auquel il est dérogé en cas de sinistre par l'admission d'un droit direct de l'assuré contre l'assureur, comparable à celui que possède le tiers en cas de stipulation pour autrui. Nous rejoignons ici les conclusions de Pestalozzi³, qui déclare que l'assurance pour le compte d'autrui correspond à la représentation indirecte ; les seules exceptions apportées dans ce domaine sont celles qu'implique le caractère économique du contrat d'assurance : ce sont principalement la communication à l'assureur du rapport interne qui lie assuré et preneur d'assurance, et la créance d'indemnité directe de l'assuré.

Il est intéressant de remarquer que Roelli dans son commentaire sur la loi d'assurance n'était pas allé aussi loin ; en effet, après avoir longuement étudié le mécanisme de l'assurance pour le compte d'autrui, il était parvenu à la conclusion suivante⁴ : « L'assurance pour le compte d'autrui n'est, d'après la LCA, ni une représentation directe, ni une représentation indirecte ». Roelli avait certainement raison en ce qui concerne la représentation directe ; s'il n'a cependant pas admis que l'assurance pour le compte d'autrui est assimilable au système de la représentation indirecte, il faut probablement en trouver la raison dans le fait qu'à l'époque où il a publié son commentaire (1914), cette institution n'avait pas encore été clairement définie, qu'en particulier elle avait été rejetée par de nombreux auteurs allemands et qu'elle n'avait trouvé place ni dans le code civil allemand, ni, d'une manière cohérente tout au moins, dans le code suisse des obligations.

Il n'en reste pas moins que nous pouvons affirmer aujourd'hui que l'assurance pour le compte d'autrui est une institution juridique

¹ Cf. Pestalozzi, *op. cit.*, p. 94.

² Cela apparaît très nettement à la lecture des principaux arrêts rendus par le TFA ; cf. en particulier ATFA VII, p. 137 : les conventions passées entre assuré et preneur ne sont pas opposables à l'assureur ; V, p. 103 sur le rapport qui lie assuré et preneur d'assurance ; V, p. 239 sur les conséquences du refus par le tiers de ratifier le contrat conclu pour son compte par le preneur avec l'assureur.

³ Pestalozzi, *op. cit.*, p. 115-116.

⁴ Roelli, *op. cit.*, I, chiffre 3 ad Art. 16 et 17, p. 244-250.

qui correspond au système de la représentation indirecte. En effet, elle est formée généralement par la réunion de deux contrats passés, l'un entre le futur assuré et le preneur d'assurance (souvent contrat de mandat), l'autre entre le preneur d'assurance et l'assureur (contrat d'assurance). Ces deux rapports juridiques sont indépendants l'un de l'autre ; même si l'assureur sait que le preneur d'assurance agit pour le compte de l'assuré, les stipulations du rapport juridique conclu entre ces deux sujets de droit lui sont inopposables. Tant qu'aucun sinistre n'est intervenu, il n'y a pas création d'un lien juridique entre assuré et assureur.

L'assurance pour le compte d'autrui est donc bien une institution juridique analogue à la représentation indirecte, sur laquelle, en cas de sinistre, se greffe un effet de stipulation pour autrui.

* * *

Dans les cas examinés ci-dessus, à l'exception de l'assurance pour le compte d'autrui, la loi ne règle que l'activité de la personne qui agit en son propre nom pour le compte d'autrui, soit comme mandataire, commissionnaire, sociétaire ou tireur d'un effet de change, et les effets des contrats conclus par cette personne. En revanche, elle ne précise pas les effets juridiques créés entre les trois parties en cause, rapports dont, on l'a vu, l'ensemble forme précisément la représentation indirecte.

En résumé, la législation suisse n'offre pas de réglementation précise de la représentation indirecte ; elle ne contient que des règles partielles non coordonnées.

CHAPITRE II

La doctrine

S'il est apparu manifestement dans le chapitre précédent que le législateur suisse, rédacteur du code des obligations ou de la loi sur le contrat d'assurance, ne possédait à l'époque aucune notion précise sur la représentation indirecte en tant qu'institution juridique, on peut être fondé à trouver la raison de la méconnaissance de cette institution dans l'incohérence de la doctrine allemande relative à la représentation indirecte dont, comme on l'a vu, une partie des auteurs niait même l'existence. Il faut étudier maintenant brièvement l'état de la doctrine suisse à ce sujet depuis l'entrée en vigueur du code des obligations en passant en revue les principaux auteurs.

1. *Von Tuhr*, étudiant la représentation dans sa Partie générale du code des obligations¹, se contente de mentionner la représentation indirecte sans l'étudier, estimant sans doute qu'elle ne constitue pas une institution juridique spéciale ; il signale dans une note qu'elle trouve son application comme rapport juridique spécial dans le contrat de commission².

2. C'est *Pestalozzi* qui, parmi les auteurs du droit suisse, a étudié de la manière la plus approfondie la représentation indirecte dans sa thèse consacrée à cette institution. Les conclusions auxquelles il a abouti sont les suivantes³ :

La représentation indirecte est une institution juridique autonome, car elle n'est pas une simple combinaison de deux contrats différents (par exemple, vente entre représentant et tiers, suivie d'une cession au représenté des créances acquises par le représentant). En effet, les deux rapports juridiques ne sont pas indépendants l'un de l'autre en ce sens qu'il faut que prenne naissance un mandat (ou une gestion d'affaires) avant qu'un acte d'exécution soit entrepris par le

¹ *Von Tuhr*, CO, I, p. 282-283.

² Il s'agit là, on le rappelle, d'une erreur de raisonnement, le contrat de commission ne constituant pas un cas spécial de représentation indirecte.

³ *Pestalozzi*, op. cit., p. 110-111, 116-118.

représentant, acte qui lui-même doit être accompli dans le cadre dudit mandat. D'autre part, le représenté possède, avant que lui soient cédés les droits acquis par le représentant, une prétention directe contre le tiers qu'il peut faire valoir antérieurement à la passation de l'acte de cession¹. Ces caractéristiques spéciales sont bien la preuve d'une institution juridique autonome.

Pour terminer, Pestalozzi étudie la question de savoir s'il est possible et désirable de différencier la représentation directe de la représentation indirecte ; après avoir rejeté les conclusions de Schlossmann niant toute différence, il estime que la distinction doit être faite en raison de l'importance qu'a prise la représentation indirecte dans la pratique et en particulier dans les affaires commerciales ; si véritablement cette distinction était superflue, ajoute-t-il, il y a longtemps que la représentation indirecte aurait disparu du domaine juridique. Il conclut en disant que la pratique a consacré les dérogations faites au principe de l'absence de tout lien de droit direct entre représenté et tiers en admettant dans une certaine mesure la création d'un tel rapport direct ; c'est toutefois parce que ce rapport n'est pas reconnu d'une manière complète que la représentation indirecte conserve un caractère propre et correspond ainsi aux besoins de la vie des affaires.

3. Dans leur commentaire du code des obligations, *Oser-Schönenberger* se contentent de donner les caractéristiques essentielles de la représentation indirecte² ; ils ajoutent que « le besoin ne se fait pas sentir d'édicter pour elle des dispositions spéciales ».

4. A son tour, *Becker*, dans son commentaire également, marque ce qui différencie la représentation directe de la représentation indirecte. Il pose en outre le principe selon lequel le représentant apparaît comme seul maître de son action et devient seul créancier et débiteur du tiers ; il pourra demander à être libéré des engagements qu'il a contractés en vertu du rapport juridique qui le lie au représenté³. Analysant les effets de la représentation indirecte, *Becker* écrit : « Le tiers n'est pas obligé de prendre le véritable maître de l'affaire (*Geschäftsherr*) comme débiteur »³ ; cette phrase marque l'opposition qui existe en raison de l'alinéa 1 de l'article 401 CO lequel impose au tiers de reconnaître un autre créancier.

¹ Nous estimons que cette affirmation n'est pas absolument exacte, puisqu'à notre avis un lien direct entre le représenté et le tiers ne peut être créé qu'au moment où le représentant rend compte de sa gestion au représenté (cf. page 133 ss. ci-dessus).

² *Oser-Schönenberger*, op. cit., Vorb. zu Art. 32-40, n° 5, p. 216-217 ; voir aussi ad Art. 32, n° 11, p. 228-229.

³ *Becker*, op. cit., Vorb. zu Art. 32-40, n° 4, p. 164.

⁴ *Idem*, ad Art. 32, n° 17, p. 174.

5. Le professeur *Guhl*, lui aussi, aborde assez brièvement le problème¹. Il s'en tient uniquement à la disposition de l'article 32 al. 3 CO, estimant qu'il n'y a représentation indirecte que s'il n'y a pas représentation directe ; elle serait en quelque sorte une représentation directe manquée.

Tels sont les principaux auteurs auxquels peuvent se référer les praticiens du droit suisse. Mentionnons encore deux ouvrages récents dans lesquels le problème de la représentation indirecte a été abordé subsidiairement :

6. A propos de l'acte juridique fait sans pouvoir de représentation, *de Saussure* a, dans sa thèse², exprimé l'avis que la représentation indirecte n'est pas une espèce de représentation dans le sens que l'on donne généralement à ce mot.

7. Dans son essai sur la nature et les limites de l'acte fiduciaire, *Reymond*³ estime que la représentation indirecte n'est pas une représentation proprement dite ; il concède toutefois qu'elle est un phénomène de la vie juridique possédant une existence propre.

Ainsi, la doctrine suisse en matière de représentation indirecte se caractérise par deux faits :

a) D'une part, elle lui reconnaît une existence propre et admet qu'elle constitue un phénomène de la vie juridique dont il n'est pas possible de nier l'utilité dans la pratique des affaires où l'on a souvent recours à elle.

Les commentateurs du code des obligations en font mention pour faire ressortir clairement la notion de représentation directe, l'une et l'autre institution possédant à leurs yeux une même nature juridique. Si de *Saussure* et *Reymond* divergent d'opinion sur ce dernier point, ils s'accordent néanmoins avec les autres auteurs quant à la réalité de l'existence de la représentation indirecte. Sur ce sujet, la doctrine suisse a donc unanimement rejeté la théorie de *Schlossmann* qui postule l'absence de différence entre ces deux genres de représentation.

b) D'autre part, la doctrine suisse s'abstient d'étudier la représentation indirecte de manière approfondie ; elle se contente de renvoyer à la thèse de *Pestalozzi* pour de plus amples détails. Or, si *Pestalozzi* a eu le mérite de mettre en évidence le fait que la

¹ *Guhl*, op. cit., p. 113.

² *De Saussure*, op. cit., p. 50 ; nous avons déjà indiqué de façon plus précise la position de cet auteur à ce sujet, ci-dessus, p. 139.

³ *Reymond*, op. cit., p. 81-82.

représentation indirecte est une institution juridique spéciale qui doit être distinguée de la représentation directe, il n'a pas poussé son étude jusqu'au bout ; s'il avait poursuivi son raisonnement jusqu'en ses dernières conséquences, il aurait été conduit, à notre avis, à reconnaître la nature juridique précise de cette institution et la nécessité devant laquelle on se trouve de la réglementer par des dispositions spéciales.

Nous pouvons résumer la position des auteurs suisses en disant qu'ils admettent l'existence et l'utilité de la représentation indirecte sans préciser son exacte qualification juridique, et, par conséquent, sa véritable fonction.

CHAPITRE III

La jurisprudence

L'examen de la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à la représentation indirecte appellera l'étude de deux notions développées par cette jurisprudence, la notion d'interposition de personnes et celle de fraude à la loi. Il importe auparavant de passer en revue les principaux arrêts, d'ailleurs peu nombreux, dans lesquels le Tribunal fédéral a eu l'occasion d'étudier la représentation indirecte.

§ 1. Les principaux arrêts du Tribunal fédéral en matière de représentation indirecte

Nous retiendrons trois arrêts dans lesquels le Tribunal fédéral a examiné des cas de représentation indirecte ou l'a invoquée, sans d'ailleurs la considérer d'un point de vue général ; il a seulement déterminé les rapports juridiques créés entre les trois personnes qui participent à cette institution juridique.

1. *Arrêt du 8 mai 1915 — Barlet c/ Wertenschlag* (RO 41 II 268 ss.).

Les faits sont en résumé les suivants : La fiancée du défendeur Wertenschlag se trouvait en 1912 à Londres avec deux de ses amis, Rolando et Gandillon ; ceux-ci firent savoir au défendeur resté en Suisse que sa fiancée devait être opérée : il les pria de faire le nécessaire pour la sauver. Rolando la conduisit alors chez le demandeur Barlet qui la soigna et la fit opérer ; elle dut ensuite être hospitalisée. Le défendeur, peu de temps après l'opération, écrivit à Rolando une lettre dans laquelle il dit notamment ce qui suit : « Il est évident que je ferai l'impossible pour subvenir aux dépenses ... ; tranquillise-toi, je t'enlève toute la responsabilité ... Dis au professeur de patienter ... P. S. : Tranquillisez le chirurgien, car il ne perdra rien ». Le demandeur fit parvenir au défendeur une note du montant de 100 livres, dont il réclama par la suite le paiement en justice.

La question se posait dès lors de savoir s'il existait une cause juridique en vertu de laquelle le défendeur devait répondre des frais de l'opération de sa fiancée et des honoraires du demandeur lui-même. Le Tribunal fédéral constata que la cour bernoise avait fait application des dispositions sur le mandat et la gestion d'affaires ; il remarqua cependant avec raison que si le défendeur avait donné à Rolando le mandat de faire soigner sa fiancée, le deman-

deur, lui, n'avait en qualité de mandataire substitué aucun droit contre le défendeur ; car l'article 399 CO accorde au mandant une action directe contre le substitué, mais pas à celui-ci d'action directe contre le mandant. Il en serait de même si Rolando avait agi comme gérant d'affaires : la ratification de cette gestion par le défendeur en sa qualité de maître n'accorderait aucun droit au demandeur contre le défendeur, puisque le demandeur est un tiers et qu'il est en dehors du rapport d'obligation (gestion d'affaires). Le Tribunal fédéral poursuit ainsi : « L'instance cantonale invoque ensuite la nouvelle disposition de l'article 396 al. 2 CO selon laquelle le mandat contient le pouvoir de faire les actes juridiques qui sont nécessaires à son exécution. Elle méconnaît cependant le fait que le terme de pouvoir (*Ermächtigung*) ne signifie pas nécessairement pouvoir d'agir au nom de celui qui donne le pouvoir, donc procuration pour représentation *directe* ; le terme de pouvoir peut aussi signifier dation d'un pouvoir pour représentation *indirecte*, c'est-à-dire en l'espèce pour l'utilisation des services du demandeur par Rolando agissant en son *propre* nom. Les questions à résoudre sont celles-ci : Rolando était-il autorisé par le défendeur à requérir l'intervention du demandeur ? A-t-il conclu le contrat avec le demandeur comme représentant direct du défendeur, en son nom ? Eventuellement, l'absence de procuration a-t-elle été remplacée par ratification postérieure du défendeur ? Ces trois questions doivent être résolues sur la base des articles 32 ss. CO. »

Le Tribunal fédéral reconnaît alors : a) qu'il ne résulte pas du dossier que le défendeur ait conféré à Rolando le mandat d'agir en son nom ; b) qu'il résulte du dossier que Rolando a agi à l'égard du demandeur comme représentant direct du défendeur ; c) que s'il y a absence de procuration, il y a par contre ratification postérieure de la représentation par le défendeur au sens de l'article 38 al. 1 CO. L'action du demandeur est par conséquent déclarée fondée.

Cet arrêt est intéressant à deux points de vue :

a) A propos de la gestion d'affaires ratifiée, il pose le principe que la ratification n'a que des effets internes, c'est-à-dire entre le maître et le gérant ; elle n'a pas pour conséquence de créer un rapport juridique direct entre le maître et le tiers avec lequel a agi le gérant, « parce que le tiers est en dehors du rapport d'obligation ».

b) Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral fait mention de la représentation indirecte ; il lui reconnaît donc une existence et en détermine une des conditions : le représentant agit en son propre nom. Il admet d'autre part qu'elle peut prendre naissance par un mandat et pose la distinction capitale entre le mandat accompli par représentation directe et le mandat accompli par représentation indirecte ; la confusion est ainsi évitée d'assimiler mandat à procuration ou représentation directe.

Il est toutefois permis de regretter que le Tribunal fédéral n'ait pas fait montre dans cet arrêt d'une logique plus rigoureuse. En effet, il a invoqué les dispositions légales à invoquer (CO art. 32 ss.) avant de tirer les conséquences de l'état de fait ; il eût été préférable qu'il fit d'abord les constatations qui résultaient de cet état de fait pour en déduire ensuite la portée juridique ; il n'eût pas alors été obligé d'examiner l'article 396 al. 2 CO.

2. *Arrêt du 21 septembre 1916 — Reymond c/ Grangier* (RO 42 II 467 ss.).

La seule question que le Tribunal fédéral avait à examiner dans cette affaire reposait sur les faits suivants : Le 29 mai 1911 les cinq fils du défendeur ont, sous le nom de frères Grangier, reconnu devoir au demandeur Reymond la somme de 1.300 fr., prix d'achat de deux vaches. Le tribunal du district de Gruyères a condamné le défendeur à payer, entre autres, cette somme au demandeur, en considérant que le défendeur, qui est interdit, et ses fils qui traitaient ordinairement pour leur père, formaient une « entité économique » impliquant la représentation du premier par les seconds et engageant sa responsabilité. La cour d'appel de Fribourg a réformé ce jugement, car elle a refusé d'admettre l'existence de cette entité et celle d'une représentation ; elle a toutefois considéré qu'en ce qui concerne le contrat en litige, il y a eu gestion d'affaires par les fils dans l'intérêt du père, ce qui implique l'obligation pour ce dernier de payer au demandeur la somme réclamée.

Le Tribunal fédéral s'est d'abord demandé si l'on pouvait considérer qu'il y avait représentation tacite du père par ses fils ; il ne l'a pas admis, car il résultait du dossier que les fils Grangier ont conclu avec le demandeur en leur propre nom et pour leur compte personnel, et que le demandeur, vu l'interdiction du défendeur, avait refusé de considérer celui-ci comme acheteur. Puis l'instance supérieure a constaté que les vaches achetées ont été cédées par les fils à leur père et que celui-ci en a revendiqué la propriété ; l'achat a donc été entrepris dans son intérêt. Il y a par conséquent lieu d'admettre qu'on est en présence d'une gestion d'affaires, « notion qui s'applique du reste même aux actes que le gérant a accomplis en son nom personnel, du moment qu'en réalité il entendait agir à propos des affaires du maître et non des siennes propres ; la circonstance que les fils Grangier ont traité en leur nom personnel n'empêcherait donc pas d'admettre l'application entre eux et le recourant (défendeur) des règles du droit des obligations sur la gestion d'affaires. Mais en la cause la question discutée est uniquement celle de savoir si le demandeur dans sa situation de tiers contractant a une action directe contre le défendeur dans sa situation de « maître » et peut ainsi lui réclamer le prix des deux vaches qu'il a vendues à ses fils. » Le Tribunal fédéral reconnaît que l'affirma-

tive a été soutenue en droit français (l'article 1166 CCF accorde au tiers qui a traité avec le gérant une action directe contre le maître en sa qualité de créancier du gérant) ; « mais le droit civil fédéral ne connaît pas de disposition semblable, de sorte que l'application par analogie du droit français admise en l'espèce par l'instance cantonale ne se justifie pas ; en droit suisse en effet, les créanciers ne sont pas autorisés à exercer directement leurs droits sur les biens de leur débiteur, et ne peuvent y arriver que par la voie de l'exécution forcée. Comme en l'espèce, les droits que les fils Grangier pouvaient avoir contre leur père en vertu de la gestion d'affaires accomplie par eux dans son intérêt n'ont été ni cédés, ni saisis ou séquestrés par le demandeur, l'arrêt doit être réformé ... ».

Le Tribunal fédéral reconnaît donc l'existence de la gestion d'affaires entreprises par le gérant en son propre nom ; il confirme la thèse que nous avons défendue ¹, à savoir l'admissibilité de la représentation indirecte basée sur la gestion d'affaires. Il affirme en outre à nouveau l'absence de tout rapport juridique direct entre le maître et le tiers avec lequel a traité le gérant.

3. *Arrêt du 29 juin 1938 — Aargauische Hypothekenbank c/ Meier* (RO 64 II 220 ss. = JdT 1939 I 71 ss.).

La situation de fait était la suivante : Le défendeur Meier désirait acheter une vigne à Küpfer. N'étant pas en bons termes avec lui, il craignait que ce dernier ne refusât de la lui vendre ; c'est la raison pour laquelle il chargea un nommé Berner de l'acquérir pour son compte. Le 21 mars 1936 Berner conclut le contrat de vente avec Küpfer par acte authentique ; il paya le prix de vente de 12.000 fr. que le défendeur lui avait remis auparavant. Le défendeur versa en outre à Berner une indemnité de 500 fr. pour son activité. Par la suite Berner conclut avec le défendeur un acte authentique de vente pour la partie de l'immeuble non grevée d'un droit de préemption. Sur ces entrefaites, Berner mourut et sa succession fut déclarée en faillite. Le défendeur demanda alors à l'Office des faillites l'autorisation de faire transférer directement à son nom l'immeuble encore inscrit au nom de Küpfer, ce que l'Office autorisa. La demanderesse, créancière de la faillite Berner, se fit alors céder divers droit appartenant à la masse, en particulier celui de contester au défendeur le droit de faire inscrire l'immeuble à son nom. Elle introduisit action contre lui, action qui fut rejetée par les tribunaux cantonaux puis par le Tribunal fédéral pour les motifs suivants :

Entre le défendeur et Berner a été créé un contrat de mandat qui imposait à Berner l'obligation d'acheter l'immeuble en son propre nom mais pour le compte du premier. Berner conclut donc un

¹ Ci-dessus, p. 72 ss.

contrat de vente avec Küpfer, puis un second avec le défendeur. Ce transfert, selon le Tribunal fédéral, aurait dû se faire ainsi : Berner demandait l'inscription de l'immeuble à son nom, puis devait conclure avec Meier un contrat de vente en la forme authentique et ensuite donner l'autorisation écrite prévue par l'article 963 al. 1 CCS. Il faut donc examiner les effets que la mort de Berner, puis la faillite de sa succession, ont eus sur l'exécution du mandat.

Au moment de sa mort, Berner ou ses héritiers pouvaient seuls conduire le mandat à bonne fin, à savoir procéder au transfert de l'immeuble au défendeur. Si les héritiers avaient accepté la succession, ils auraient dû faire ce qu'aurait fait Berner. La succession ayant été répudiée, l'administration de la faillite avait à déclarer si elle voulait exécuter la fin du mandat, ce qu'elle décida. Elle se déclara d'accord avec l'une de ces deux solutions : ou bien transfert direct de l'immeuble de Küpfer au défendeur, ou bien restitution au défendeur des 12.000 fr., prix d'achat. Si la possibilité d'un tel transfert est juridiquement discutable, il n'en reste pas moins que la masse a décidé d'accomplir la volonté du mandataire. Cette décision lie la demanderesse à qui la masse aurait mieux fait de refuser la cession demand e, car elle a cédé des droits qui n'auraient pris naissance que si elle avait refusé d'entrer dans le rapport de mandat (droit d'exiger le transfert de l'immeuble en son nom ou résiliation du contrat en acceptant le remboursement de la somme payée).

Vu la décision de l'administration de la masse, la demanderesse ne saurait s'opposer au transfert direct de l'immeuble pour autant que cela est possible en principe. Elle ne peut pas dans ses conclusions demander au tribunal de constater que le défendeur n'a pas le droit d'obliger Küpfer   transférer l'immeuble ; si d'autre part ce transfert est possible, ce que le Tribunal fédéral n'a pas à examiner, la demanderesse ne peut exiger que l'immeuble soit d'abord inscrit au nom de la masse, puis transféré au défendeur. La demande doit être rejetée.

L'intérêt de cet arrêt réside à notre avis dans les principes non exprimés qu'admet le Tribunal fédéral plutôt que dans les textes de ses considérants. Il reconnaît en effet que la représentation indirecte — car c'est bien d'elle qu'il s'agit puisque Berner, qui a reçu un mandat du défendeur, agit en son propre nom pour le compte de ce dernier avec l'intention bien établie de lui transférer les droits qu'il acquiert, ici la propriété de l'immeuble — peut porter sur un bien immobilier. Le Tribunal fédéral décrit même (considérant 2) le mécanisme de l'opération : le représentant, s'appuyant sur le contrat de vente qu'il a conclu avec le tiers, doit demander au tiers, ou en cas de refus au juge, l'inscription de l'immeuble à son nom au registre foncier, conclure ensuite avec le représenté un contrat

de vente dudit immeuble par acte authentique, puis donner l'autorisation écrite prévue par l'article 963 al. 1 CCS pour le transfert de l'immeuble au représenté.

Il est extrêmement regrettable que le Tribunal fédéral n'ait pas eu à trancher la question de savoir si le transfert direct de l'immeuble de Küpfer au défendeur était licite ou non. Il semble bien, à lire attentivement cet arrêt, que le Tribunal fédéral l'aurait déclaré impossible (il le qualifie de « très discutable » et à deux reprises au moins en réserve en principe la possibilité). Le problème est pourtant d'importance, puisqu'il s'agit de savoir si un lien juridique direct lie le représenté (le défendeur) au tiers (Küpfer) ; une décision de principe du Tribunal fédéral, niant l'existence d'un tel lien, aurait par conséquent été capitale en ce qui concerne la théorie de la représentation indirecte. Nous estimons toutefois être en droit de déduire ce principe de l'argumentation du Tribunal fédéral relative au mécanisme de l'opération qu'aurait dû accomplir Berner, tel qu'il l'a décrit dans le considérant 2. En effet, dire que le représentant doit demander au tiers l'inscription de l'immeuble au registre foncier puis conclure un contrat de vente avec le représenté, c'est reconnaître, implicitement tout au moins, que seul le représentant est lié avec le tiers et que le représenté ne peut atteindre le but qu'il poursuit que par l'intermédiaire de son représentant. Une prétention directe du représenté contre le tiers et réciproquement du tiers contre le représenté est par conséquent exclue.

§ 2. Les critères établis par le Tribunal fédéral pour déterminer s'il y a représentation directe ou indirecte

Dans une série d'arrêts qu'il n'est pas nécessaire d'examiner en détail, le Tribunal fédéral a posé quelques principes relatifs à la distinction qu'il y a lieu de faire, dans les cas où le doute est possible, entre représentant direct et représentant indirect.

Ainsi dans un arrêt du 28 décembre 1901 — Deschamps c/ Rey (RO 27 II 578 ss.), le Tribunal fédéral dit (p. 595-596) : « Il est exact sans doute qu'Isoz s'était chargé de la représentation commerciale de la société Acétylène pour les cantons de Vaud et Fribourg, qu'il faisait connaître cette circonstance au public en s'appuyant sur les prospectus, descriptions, etc. de la société et que les tiers devaient en conséquence savoir que les appareils qu'il vendait étaient fabriqués par la société de Porrentruy. Mais un lien de droit immédiat entre la société et les acheteurs, en vertu duquel ceux-ci seraient devenus créanciers et débiteurs directs de la société et non pas d'Isoz ne devait pas pour autant se former et ne s'est pas formé. Cela résulte des conditions de la représentation confiée à Isoz, telles qu'elles sont formulées dans la lettre de la société du 9 décembre 1899, ainsi que de la manière dont cette convention a été exécutée ».

Dans un arrêt *Fraisie c/ Richard* du 15 mars 1918 (SJ 1918, p. 385 ss.), le Tribunal fédéral s'exprime ainsi (p. 388) : « Le défendeur et recourant a contesté tout d'abord la légitimation active du demandeur ; il prétend que ce dernier n'a pas traité avec lui pour son compte personnel, mais pour celui de Castellini-Brienz et Cie. Selon lui, le contrat qui a donné naissance au litige a été conclu entre ceux-ci comme vendeurs et lui comme acheteur ; il invoque à ce propos le fait que la facture a été libellée au nom de cette maison et non à celui du demandeur et rappelle que le prix de la marchandise devait être versé au Bankverein pour le compte de celle-là également. Les instances cantonales se sont toutefois appuyées avec raison sur le fait que les pourparlers relatifs au marché et à son exécution ont eu lieu exclusivement entre *Fraisie* et *Richard*, auquel le recourant s'est toujours adressé personnellement, même après qu'il eût appris que la marchandise provenait de Castellini-Brienz et Cie. Cela étant, cette maison n'a pu, aux termes de l'article 32 CO, devenir directement partie au contrat ; *Richard* ne s'est en effet jamais présenté à *Fraisie* comme leur représentant et a toujours manifesté l'intention de traiter lui-même et exclusivement avec le défendeur ».

L'arrêt *Allgemeine Finanzgesellschaft et consorts c/ Elektra* du 19 décembre 1934 (RO 60 II 492 = JdT 1935 I 397 ss.) fut l'occasion pour le Tribunal fédéral de se prononcer sur le principe de l'admission en droit suisse de « l'acte pour le compte de celui que cela concerne » ; cet arrêt est également intéressant en ce qui concerne la manière d'agir du représentant (JdT ibidem p. 400-401) : « Il est incontestable que les deux contrats de prêt des 30 janvier 1929 et 4 juin 1931 ont été conclus par la banque *Brupbacher et Cie*, mais dans le préambule de ces contrats il est dit qu'elle agit « au nom de groupe de banques ». Cependant le nom des banques qui formaient ce groupe et le montant de la participation de chacune d'elles ne furent pas portés à la connaissance de la défenderesse, au moment de la conclusion du premier contrat, et même dans une certaine mesure du second, on ne savait pas encore exactement qui s'intéressait à l'affaire : ce n'est que plus tard que les maisons qui se présentent aujourd'hui comme demandereses ont promis de faire une part du crédit. Par conséquent, d'après les règles ordinaires de la représentation, ces maisons ne sont en tout cas pas devenues créancières de la défenderesse par la conclusion de ces contrats ; normalement, la représentation directe (art. 32 ss. CO), qui seule peut produire ce résultat, suppose en effet qu'au moment de la conclusion du contrat, la personne du représenté est déterminée objectivement, c'est-à-dire qu'à l'égard du contractant la personne du représenté n'est pas indéterminée, tout au moins d'après la volonté des parties ».

Le Tribunal poursuit plus loin (*ibidem*, p. 404-408) : « Les demanderesses invoquent le préambule des contrats où la maison Brupbacher et Cie déclarait agir « au nom d'un groupe de banques ». Dans l'usage courant de la langue juridique, cette formule permet, en effet, de conclure à l'existence d'un rapport direct de représentation. Mais cette conclusion n'est pas irréfutable et la possibilité doit être laissée à la partie adverse de faire la preuve que, dans un cas particulier, cette formule signifie autre chose et que les droits et obligations résultant du contrat doivent en réalité prendre naissance dans la personne du prétendu représentant. A cet égard la défenderesse relève avec raison que dans la suite du texte les demanderesses n'apparaissent pas comme parties contractantes. C'est « la banque » qui est indiquée comme prêteuse, sans qu'il résulte clairement de l'indication contenue dans le préambule si cette abréviation désigne la maison Brupbacher et Cie ou un groupe de banques. En outre, la maison Brupbacher a signé en son nom sans faire mention d'un rapport de représentation ...

» Il appert de ces nombreux indices que la maison Brupbacher et Cie a conclu les deux contrats de prêt avec la défenderesse en son propre nom. La formule du préambule « au nom d'un groupe de banques » ne peut signifier autre chose que « pour le compte d'un groupe de banques ».

A propos de l'appréciation faite par les tribunaux des circonstances dans lesquelles ils estiment qu'il y a lieu d'admettre ou non un rapport de représentation indirecte, nous signalons encore quelques arrêts de la Cour civile de Genève des 22 juin 1917 (*Guidet c/ Thélin et Cie*, SJ 1917, p. 678 ss.), 18 mai 1951 (*Moradpour c/ Société pour l'exploitation des produits de Bicidi*, SJ 1952, p. 11), 7 novembre 1952 (*Devilder c/ Banque fédérale*, SJ 1954, p. 201 ss.) et 16 janvier 1953 (*Dame Veuve Cuendet c/ Feuz*, SJ 1954, p. 308 ss.)¹.

Ainsi le Tribunal fédéral pose la règle qu'il n'y a pas seulement lieu de s'arrêter aux apparences lorsque l'on examine la question de savoir si une personne a agi pour une autre comme représentant direct ou indirect. Il faut chaque fois rechercher quelle est la volonté des parties décelable par le rapport juridique interne conclu entre le représenté et le représentant, et en même temps la manière dont a agi le représentant à l'égard des tiers. Même s'il peut sembler que le représentant d'une firme quelconque agit apparemment en cette qualité et qu'il est par conséquent possible d'en déduire qu'il s'est présenté comme représentant direct (arrêts Deschamps, Fraisse,

¹ Le Tribunal fédéral dans la première affaire et la Cour de justice de Genève, dans les trois autres ont admis qu'il n'y avait pas représentation indirecte dans les cas qui étaient soumis à leur appréciation.

Moradpour), il faut encore et surtout s'attacher à la manière dont il s'est présenté face aux tiers, s'il a traité apparemment comme maître de l'affaire en se portant personnellement garant des qualités de la chose vendue, enfin s'il a traité en son nom personnel.

Le Tribunal fédéral admet donc en principe que, pour le tiers qui conclut avec un représentant, le fait de connaître le représenté, celui qui a chargé le représentant d'agir, n'a pas pour effet automatique de transformer ce représentant en représentant direct et de créer, par voie de conséquence, un rapport juridique direct entre représenté et tiers. Il est intéressant de remarquer qu'il ne s'agit pas là d'une jurisprudence isolée ; c'est au contraire une nette position du Tribunal fédéral qui se maintient et se perpétue avec les années. Notons encore que notre haute instance fédérale admet l'existence de la représentation indirecte non seulement dans les cas où le tiers a connaissance de l'existence d'un représenté indéterminé, mais aussi dans les cas où ce représenté est nommément désigné et connu du tiers.

L'arrêt *Allgemeine Finanzgesellschaft* va plus loin encore puisqu'il établit qu'il ne faut pas s'arrêter aux expressions employées par les parties (en l'espèce, celle de « au nom de ») pour déterminer la qualité de représentant direct ou indirect d'une personne. Seul l'examen minutieux du rapport interne qui lie le représenté au représentant et des circonstances dans lesquelles agit le représentant à l'égard des tiers permet de savoir si celui-ci a agi en son propre nom ou au nom d'un représenté déterminé. La volonté des parties en cause et la manifestation de cette volonté sont donc le critère qu'invoque le Tribunal fédéral pour résoudre cette question.

On peut toutefois se demander si cette instance ne va pas trop loin dans ce sens. En effet, est-il juridiquement défendable de prendre en considération le rapport interne qui lie les parties, pour différencier ces deux espèces de représentants, comme le Tribunal fédéral l'a fait en particulier dans l'arrêt *Deschamps* et, en partie tout au moins, dans l'arrêt *Allgemeine Finanzgesellschaft* ?

Il serait à notre avis plus judicieux de s'en tenir aux circonstances dans lesquelles s'est déroulée la conclusion du contrat entre le représentant et le tiers et à la manière dont le représentant s'est présenté à l'égard des tiers. La conclusion des contrats en droit suisse ne repose en effet pas sur la volonté des parties, mais sur la manifestation de cette volonté (CO art. 1) ¹. Il semble que le Tribunal fédéral ait dans ces arrêts perdu de vue cet important principe, et cet autre tout aussi important selon lequel le contrat interne conclu entre représenté et représentant n'est pas opposable aux tiers, qu'il leur est « *res inter alios acta* ».

¹ Cf. *von Tuhr*, CO, I, p. 135 ; *Becker*, op. cit., ad Art. 32, n° 10, p. 172 ; *Simonius*, Quelques observations..., SJ 1949, p. 221.

Nous approuvons donc le Tribunal fédéral lorsqu'il recherche avec soin quelle est la réelle volonté des parties sans se laisser arrêter par les dénominations inexactes qu'elles auraient pu employer et telle qu'elle s'est manifestée à l'égard des tiers, mais nous lui contestons le droit de se baser aussi sur le rapport interne qui lie représenté et représentant pour déterminer si le représentant a agi au nom du premier ou en son nom personnel.

§ 3. La notion d'interposition de personnes telle qu'elle est dégagée par la jurisprudence du Tribunal fédéral

Nous avons brièvement mentionné à la fin de notre étude théorique de la représentation indirecte¹ le fait que le Tribunal fédéral a dégagé, à l'occasion de litiges consécutifs à des cas de représentation indirecte, la notion d'interposition de personnes, et cela dans deux arrêts.

1. *Arrêt du 13 novembre 1928 — Dame Savoy c/ Muriset* (RO 54 II 429 ss. = JdT 1929 I 261 ss.).

Outre de nombreuses questions juridiques qu'il n'est pas nécessaire d'examiner ici, le Tribunal fédéral, après avoir défini la notion de simulation, a abordé dans cet arrêt le problème de la représentation indirecte (JdT *ibidem*, p. 269-270) : « D'après les constatations de fait, retenues par l'instance cantonale d'une façon qui lie le Tribunal fédéral, les hoirs Meier savaient que la demanderesse, Dame Savoy, ne pouvait acquérir l'immeuble sans le concours des autorités de tutelle ; ... Pour éviter cette intervention des autorités de tutelle, il fut convenu ... qu'on se servirait de Dame Dolle comme personne interposée. Celle-ci intervint donc comme contractante ensuite d'une convention passée entre elle et la demanderesse ; cette convention peut être qualifiée juridiquement de mandat ; en vertu de cette convention Dame Dolle devait acquérir l'immeuble avec les 8.000 fr. de la demanderesse et céder à celle-ci les avantages résultant de cette acquisition. La demanderesse voulait de cette façon atteindre un but économique analogue à celui qu'elle aurait atteint en achetant elle-même l'immeuble. Et c'est uniquement pour garantir l'exécution des obligations de mandataire de Dame Dolle que furent constitués en faveur de la demanderesse un droit d'emption et une cédula hypothécaire de 8.000 fr. Ce rapport interne de la demanderesse avec Dame Dolle fut sans doute sérieusement voulu par les parties avec tous ses effets, sinon la demanderesse n'aurait pas avancé l'argent pour le paiement.

¹ Ci-dessus, p. 140.

» Il en fut de même du contrat conclu le 28 janvier 1919 par Dame Dolle avec les hoirs Meier, propriétaires de l'immeuble. L'intention des parties était de conclure le contrat qui fut réellement conclu, c'est-à-dire un contrat qui, d'après son contenu — transfert de propriété contre paiement du prix, ce qui est l'essence même de la vente — devait sortir ses effets non seulement à l'égard des tiers, mais aussi entre parties ; la preuve en est que ce contrat fut exécuté conformément à ses clauses.

» Un tel acte juridique, *per interpositam personam*, est, contrairement à l'acte simulé, parfaitement valable en soi. On peut avoir recours à des personnes interposées pour des motifs tout à fait respectables, notamment pour dépister la curiosité, ou éviter des actions hostiles ; on peut dire avec Kohler (*Jahrbücher für Dogmatik*, vol. 16, p. 143 ss.) que ce serait porter « une atteinte inadmissible à la liberté des affaires » que de refuser purement et simplement la protection légale aux actes de ce genre. En droit français, une telle « convention de prête-nom » est également permise en principe (cf. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, II, n° 2268). »

2. Arrêt du 22 janvier 1946 — S. A. des produits Cira c/ Rüttimann (RO 72 II 67 ss. = JdT 1947 I 117).

Dans cette affaire, le Tribunal fédéral a confirmé la jurisprudence établie dans le précédent arrêt.

Il s'agit en l'espèce de la cession au défendeur Rüttimann par Dame Muller d'une cédule hypothécaire créée par elle sur son propre immeuble et remise au Crédit foncier vaudois en garantie d'un compte de crédit ouvert par cet établissement à la demanderesse, la S.A. Cira. Le défendeur se présenta par la suite à cet établissement, paya la somme due par la demanderesse ; la cédule lui fut alors remise et ledit établissement le subrogea dans ses droits vis-à-vis de la demanderesse, qui, à la suite d'une poursuite, intenta une action en libération de dette contre le défendeur en contestant la validité de la cession. Le Tribunal fédéral a rejeté ce moyen, en particulier pour les raisons suivantes (RO *ibidem*, considérant 2, p. 72-73) :

« La recourante excipe d'abord de la nullité de l'acte (de cession) du 19 mai 1944 pour cause de simulation. La Cour cantonale a rejeté ce moyen en considérant que la cession avait été faite à titre fiduciaire. Cette manière de voir est conforme à la jurisprudence du Tribunal fédéral sur la distinction entre l'acte simulé et l'acte fiduciaire (cf. en dernier lieu RO 71 II 99 = JdT 1945 I 472 et arrêts cités).

» Il s'agit en effet de la cession d'une cédule hypothécaire au porteur. Le but de l'opération était pour Dame Muller de recouvrer

la libre disposition de la cédule et d'éviter que les poursuites contre la S.A. Cira n'aboutissent à la réalisation du gage. Le défendeur était sans doute l'intermédiaire de Dame Muller à laquelle il a voulu rendre service. Mais rien ne permet de dire que les parties fussent convenues que la cession serait nulle et de nul effet entre elles et ne devrait avoir de valeur qu'à l'égard des tiers. Une pareille convention ne se présume pas. Le but que se proposaient les parties fait au contraire apparaître la cession comme réellement voulue par elles. Selon toute vraisemblance, Dame Muller a versé au défendeur les 25.000 fr. Celui-ci les a utilisés pour payer la banque et libérer le gage. Une fois l'opération réalisée et la poursuite terminée, Rüttimann devra remettre à Dame Muller les sommes encaissées. A plus forte raison, la cession devrait-elle être tenue pour sérieuse si le défendeur avait avancé lui-même le montant nécessaire pour désintéresser la banque.

» L'opération se caractérise ainsi comme un acte *per interpositam personam* ou une « convention de prête-nom » que le Tribunal fédéral tient pour licite en principe. »

Les deux litiges soumis au Tribunal fédéral apparaissent manifestement comme des cas de représentation indirecte. En effet, tant Dame Savoy que Dame Muller désiraient atteindre un résultat économique déterminé : la première, acquérir l'immeuble des hoirs Meier, la seconde, recouvrer la libre disposition de la cédule hypothécaire. L'une et l'autre chargèrent un intermédiaire d'agir pour leur compte en lui remettant la somme nécessaire à l'opération prévue (achat de l'immeuble et rachat de la cédule). Dans les deux cas, l'intermédiaire intervint en son propre nom et rendit ensuite compte de sa gestion, soit en cédant l'immeuble acquis, soit en restituant les sommes encaissées. Dans l'une et l'autre espèce, l'intermédiaire a agi en vertu du mandat qui lui avait été confié.

Ainsi, le Tribunal fédéral, non seulement connaît la représentation indirecte comme une institution spéciale du droit des obligations, mais encore il la qualifie dans certains arrêts de l'expression technique d'« acte juridique *per interpositam personam* » ; il en marque en même temps le caractère licite et l'importance économique dans la vie des affaires.

Cette jurisprudence est importante ; elle ouvre la voie, à notre avis, à une sérieuse revision par la doctrine de la notion de représentation indirecte et à sa reconnaissance comme institution autonome de droit privé, sous le terme plus exact d'acte juridique par personne interposée, ou mieux, pour marquer la différence d'avec la représentation directe qui est en réalité aussi constituée par un acte juridique fait par personne interposée, sous le terme d'interposition de personnes.

§ 4. L'interposition de personnes et la fraude à la loi.

L'homme de paille

Les deux arrêts cités dans le précédent paragraphe et qui consacrent en droit suisse la notion de l'interposition de personnes examinent en outre l'un et l'autre la question de la fraude à la loi. En effet, la possibilité qu'offre aux individus le droit de recourir à un tiers qui agit en leurs lieu et place permettrait à ces individus, dans certains cas, de tourner la loi par ce moyen. Aussi, le Tribunal fédéral, tout en reconnaissant l'utilité économique de l'interposition de personnes, devait-il également fixer les limites dans lesquelles il est licite de recourir à cette institution¹.

Dans l'arrêt *Dame Savoy c/ Muriset* (RO 54 II 429 ss. = JdT 1929 I 261 ss.), le Tribunal fédéral poursuivait ainsi son raisonnement (JdT *ibidem*, p. 270) :

« Un acte juridique semblable devient nul, en vertu de l'article 20 al. 1 CO, dès qu'il est conclu « in fraudem legis », c'est-à-dire s'il a pour but d'éluder une prescription légale. C'est une question d'appréciation que de savoir s'il en est ainsi dans un cas particulier. Pour cela, il faut rechercher si la loi interdit un certain résultat économique ou si elle ne l'autorise que dans certaines limites qui échappent au droit de disposition des parties ou si encore, sans interdire le résultat, elle règle les voies et moyens de l'atteindre ; dans ce dernier cas, rien ne s'oppose à l'utilisation d'autres voies de droit si celles-ci permettent d'atteindre un résultat semblable... »

Et dans l'arrêt *S.A. Cira c/ Rüttimann* (RO 72 II 67 ss.), le Tribunal fédéral ajoutait (p. 73) :

« L'acte fiduciaire devient nul en vertu de l'article 20 CO s'il a pour but d'éluder une disposition légale impérative. Pour en juger, il faut rechercher si la règle considérée interdit absolument le résultat économique que les intéressés veulent atteindre, ou ne l'autorise que dans certaines limites qui échappent au droit de disposition des parties, ou si, au contraire, elle se borne à régler les moyens d'obtenir tel résultat, mais sans interdire ce résultat lui-même, en sorte que celui-ci peut être atteint par d'autres voies... »

Il importe d'examiner de plus près la notion de fraude à la loi et les rapports qu'elle présente avec l'interposition de personnes.

A propos de la fraude à la loi, le professeur Yung écrit ce qui suit² :

¹ Il nous a paru plus logique d'examiner la question de la fraude à la loi à l'occasion de l'étude pratique de la représentation indirecte en droit suisse, plutôt que de l'aborder dans la seconde partie, consacrée à un essai théorique de cette notion.

² Yung, op. cit., p. 154 ss.

« Il faut distinguer l'intention d'éluder la loi, c'est-à-dire d'éviter frauduleusement l'application d'une prescription légale impérative ou prohibitive (fraude à la loi au sens large, ou subjectif) et la fraude à la loi proprement dite, comme cause de nullité des actes juridiques (fraude à la loi au sens étroit, ou objectif).

» L'intention d'éluder la loi peut se réaliser de différentes manières, et quand elle tente de se réaliser au moyen d'un acte juridique, elle n'aboutit pas toujours à constituer un cas de fraude à la loi au sens objectif ...

» Quant à la fraude à la loi proprement dite (au sens objectif), on sait que c'est un acte qui ne contrevient pas directement à la loi, mais qui a pour but et pour effet de l'éluder. En particulier un acte juridique « *in fraudem legis* » est un acte juridique qu'une personne accomplit en vue d'échapper à l'application d'une règle de droit qu'elle juge défavorable à son intérêt, et de déterminer l'application d'une autre règle qu'elle juge favorable. Cependant, il n'y a fraude à la loi que si l'acte a pour effet de nuire gravement à la réalisation du but en vue duquel la règle éludée a été édictée.

» Il en est ainsi, d'après la jurisprudence, si la règle a pour but d'empêcher un résultat et si l'acte en question tend à réaliser ce résultat. Au contraire, il n'y a pas fraude à la loi si la règle a seulement pour but d'interdire un certain moyen de parvenir à un résultat licite, et que l'acte incriminé tende à produire ce résultat par un autre moyen. »

Ainsi donc, il n'est pas possible de préciser *a priori* d'une manière générale quelles sont les conditions de fait que doit remplir un acte juridique pour constituer un acte accompli « *in fraudem legis* ». Doctrine et jurisprudence s'accordent pour dire qu'il y a lieu de rechercher dans chaque cas d'espèce si l'on se trouve en présence de l'une des deux éventualités suivantes¹ :

- a) la loi interdit absolument d'atteindre un résultat donné ;
- b) la loi interdit d'atteindre un résultat déterminé par un moyen autre que celui qu'elle a fixé.

Dans l'une et l'autre éventualités, il y aura, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, fraude à la loi, ce qui entraînera en général la nullité de l'acte juridique accompli (CO art. 20).

Nous pouvons donc préciser, en ce qui concerne le rapport existant entre l'acte fait par personne interposée et l'acte fait en fraude de la loi, que l'acte qui constitue le premier peut réaliser les conditions du second seulement lorsqu'il a pour but, dans l'intention

¹ Oser-Schönenberger, op. cit., ad Art. 20, n° 26, p. 138-139 ; Maday, Die sogenannte Gesetzesumgehung, insbesondere im Schweizerischen Obligationenrecht, p. 18 ss. ; Raymond, op. cit., p. 70 ss.

des parties, d'atteindre un résultat interdit par la loi ou de l'atteindre par un autre moyen que celui qu'elle prescrit expressément.

Les règles légales qui sont les plus susceptibles d'être éludées au moyen d'une interposition de personnes sont celles qui interdisent à certaines personnes d'accomplir certains actes juridiques ; c'est ainsi qu'il y aura « *fraus legis* » si une personne, totalement ou partiellement incapable, interpose un tiers capable (par exemple, voir arrêt *Dame Savoy*) ; de même, si une personne exerçant des fonctions désire faire certains actes juridiques qui lui sont interdits.

* * *

Pour clore ce paragraphe, examinons encore la situation de l'homme de paille. Selon la définition qu'en donne *Maday*¹, « l'homme de paille est une personne qui, bien que véritable titulaire des droits qu'elle exerce, n'agit que dans l'intérêt et selon les instructions d'un mandant dissimulé. Il agit en son propre nom, mais, sans que les tiers s'en aperçoivent, pour le compte d'autrui ».

Il est donc une personne interposée ; nous ne pensons toutefois pas qu'il puisse être assimilé à un représentant indirect ordinaire. En effet, la doctrine admet que l'homme de paille est généralement lié à son mandant par un contrat de fiducie² : les cas dans lesquels il intervient exigent qu'il apparaisse comme titulaire de droits dont il a un exercice libre et durable ; c'est la raison pour laquelle il joue un rôle si grand dans le droit des sociétés, en ce sens qu'il a, à la place des actionnaires, la libre disposition des actions dont il est possesseur.

Ainsi, dans l'acception usuelle du mot, l'homme de paille est bien plus un intermédiaire chargé d'exercer les droits qu'il détient d'une manière durable pour le compte de son mandant, qu'une personne interposée chargée d'agir en son propre nom pour le compte du mandant, le plus souvent sans qu'aucun droit lui ait été cédé. Si donc, en général, l'homme de paille reçoit ses droits à titre fiduciaire avec mission de les exercer, la personne interposée ne reçoit qu'un mandat de faire tel ou tel acte juridique, sans qu'un droit lui soit confié spécialement.

Il importe de ne pas confondre ces deux intermédiaires dont les rôles sont différents.

¹ *Maday*, *FJS* 735, *Homme de paille*, p. 1.

² *Reymond*, op. cit., p. 66 ; *Maday*, ibidem et *FJS* 736, p. 1.

L'arrêt *S.A. Cira c/ Rüttimann* a admis que *Dame Muller* et *Rüttimann* étaient liés par un contrat de fiducie ; il a malgré cela consacré la notion d'interposition de personnes. C'est là un des cas où il apparaît qu'un fiduciaire peut également être un représentant indirect lorsque sa tâche est limitée à l'accomplissement de quelques opérations juridiques.

CHAPITRE IV

Résultats

En matière de représentation indirecte, le droit suisse ne possède pas de réglementation précise. Si la législation et la doctrine lui reconnaissent une existence propre comme institution juridique et une importance pratique non négligeable, elles manquent par contre d'une notion théorique claire à son égard. On pourrait dire, en recourant à une métaphore d'ordre médical, que la représentation indirecte constitue pour le droit suisse un corps étranger, de nature imprécise, dont il n'est pas possible de se défaire en raison de son développement considérable.

La jurisprudence, elle, placée non pas devant un problème théorique, mais devant des cas basés sur la représentation indirecte, est obligée de trancher les litiges qui lui sont soumis. Elle recherche alors quel est le véritable contractant de tel ou tel rapport juridique pour faire de lui le seul titulaire des droits et obligations issus de ce rapport juridique et recourt à la cession de créance ou à la reprise de dette pour transférer à la personne intéressée (représenté) les profits acquis et les charges assumées par celui qui a agi en son propre nom (représentant).

A notre avis, il n'est cependant pas suffisant de constater, comme le fit Pestalozzi, que la représentation indirecte est une institution juridique spéciale qui ne se confond pas avec d'autres institutions, ou, à l'instar de la jurisprudence du Tribunal fédéral, de la qualifier de l'expression technique d'interposition de personnes. Notre étude théorique nous a, en effet, conduit à la conclusion que la représentation indirecte, institution juridique autonome, doit être soumise à des règles qui lui sont propres ; sa nature juridique particulière exige pour elle une réglementation spéciale¹. Que la doctrine et la jurisprudence suisses n'aient pas compris que le fait de caractériser la représentation indirecte comme une institution juridique autonome et de lui attribuer une notion juridique propre implique comme conséquence de la réglementer d'une façon précise, c'est le reproche qui peut leur être adressé.

Il nous apparaît donc indispensable, à la fin de cette étude, de proposer, *de lege ferenda*, un essai de réglementation de la représentation indirecte (interposition de personnes). Il sera la justification de notre recherche dogmatique, en même temps que sa conclusion pratique.

¹ L'affirmation de Oser-Schönenberger, op. cit., Vorb. zu Art. 32-40, n° 5, p. 217, selon laquelle « le besoin ne se fait pas sentir d'établir des règles générales qui la concernent », montre, à notre avis, que ces auteurs n'ont pas reconnu exactement la nature de la représentation indirecte.

SECTION II

Essai d'une réglementation, « de lege ferenda » de la représentation indirecte (interposition de personnes)

La première question qui se pose à tout législateur, lorsqu'il a déterminé la nature juridique d'une institution, est celle de savoir quelle place il convient de lui attribuer dans la systématique de la codification qu'il entreprend ; il doit en particulier se demander si la matière dont il prépare une réglementation doit figurer dans la partie générale ou dans la partie spéciale de cette codification.

La seconde tâche du législateur consiste à retenir les éléments essentiels de l'institution juridique qu'il étudie, de manière à pouvoir édicter des dispositions de portée suffisamment générale pour qu'elles puissent s'appliquer à la dite institution ; mais il est d'autre part nécessaire que le texte de ces dispositions ne soit pas ambigü, qu'il soit au contraire suffisamment précis pour qu'aucune confusion ne naisse entre cette institution juridique et d'autres présentant avec elle des similitudes ou même certains caractères communs.

C'est la méthode que nous adoptons dans les deux paragraphes qui suivent ; le dernier contiendra l'énoncé de la réglementation proposée.

§ 1. La place de l'interposition de personnes dans une codification telle que le code des obligations

L'interposition de personnes est une institution juridique qui permet à une personne d'atteindre un but déterminé en recourant aux services d'un intermédiaire. Elle repose sur le principe de la liberté de la conclusion des contrats et implique pour l'interposé la faculté d'agir pour le compte d'un autre, et pour l'interposant celle de mettre en œuvre un autre sujet de droit. L'interposition de personnes doit donc logiquement faire partie du chapitre relatif à la formation des obligations puisqu'il s'agit de la conclusion de contrats par un sujet de droit en vertu de sa capacité civile d'acquiescer et de s'obliger, par opposition à la représentation directe qui consacre, en dérogeant au principe général de la personnalité des actes juridiques, la possibilité pour un sujet de droit de con-

clure par une personne autorisée : les effets du contrat ainsi passé se produisent comme si ce sujet de droit l'avait personnellement conclu.

L'interposition de personnes, dans son essence, ne déroge à aucune règle d'ordre général puisque la faculté a de tout temps été reconnue à chacun de transférer à une personne, par un second acte juridique, les biens acquis au moyen d'un premier acte juridique passé avec un tiers. Mais l'interposition de personnes n'est pas qu'une simple juxtaposition de deux actes juridiques distincts et séparés ; elle est au contraire le complexe formé par les deux actes juridiques qui doivent être conclus pour que soit réalisée la volonté commune de l'interposant et de l'interposé (ou la volonté de l'interposé en cas de gestion d'affaires), volonté qui justifie l'existence de ces deux actes juridiques et constitue le lien qui les unit. En effet, c'est parce que l'interposant veut acquérir tel objet d'un tiers ou aliéner tel autre qu'il charge une personne d'agir à sa place ; c'est parce qu'il ne veut pas demeurer titulaire des créances acquises ou des obligations assumées que l'interposé transférera à l'interposant les profits et les charges issus du contrat conclu avec le tiers. Entre ces deux actes juridiques existe un lien psychologique, cause de l'interposition de personnes ; si ce lien manquait, l'on serait en présence de deux actes distincts, conclus l'un et l'autre par celui qui joue le rôle d'intermédiaire sans qu'il ait voulu, lors de leur conclusion, agir pour le compte d'une autre. Or, si chacun de ces deux actes juridiques est soumis, quant à sa conclusion, aux règles ordinaires du droit des obligations, le complexe qu'ils forment ensemble rend nécessaire l'établissement de règles spéciales destinées à préciser les rapports juridiques qui prennent naissance entre les trois sujets de droit intéressés.

Ainsi, de par sa nature juridique qui met en lumière le caractère essentiel de l'interposition de personnes, à savoir la faculté d'agir par autrui et la faculté d'agir pour autrui sans qu'un rapport direct soit établi entre celui pour le compte duquel un contrat est conclu et le tiers, cette institution relève du titre relatif à la formation des obligations et plus précisément du chapitre consacré à la conclusion des contrats.

Par conséquent, l'interposition de personnes ne peut pas, à notre avis, trouver sa place parmi les contrats spéciaux du droit des obligations (CO art. 184 ss.). Alors que beaucoup de ceux-ci sont essentiellement des contrats bilatéraux à propos desquels la loi règle la situation juridique réciproque des deux contractants, l'interposition de personnes est un complexe de deux contrats formant un tout économique et psychologique entre trois sujets de droit dont deux ne sont liés par aucun rapport juridique. La construction interne

de l'interposition de personnes l'empêche donc de figurer au nombre des « diverses espèces de contrats ».

Telle n'a pourtant pas été l'opinion du législateur italien de 1942, qui, comme nous l'avons brièvement mentionné plus haut¹, a édicté des règles relatives à celui qui agit en son propre nom pour le compte d'un autre à l'occasion de la réglementation du contrat de mandat. Les articles 1705, 1706, 1707 et 1715 du code civil italien contiennent en effet une tentative de codification de la représentation indirecte. Toutefois, il semble bien, à lire les commentaires², que l'intention des législateurs qui ont rédigé ces articles était de régler la situation des mandataires qui n'ont pas reçu le pouvoir de représenter plutôt que d'instaurer une réglementation de la représentation indirecte. En effet, pour ces auteurs, cette institution trouve son application essentielle dans le mandat exercé en son propre nom³; c'est la raison pour laquelle les dispositions y relatives figurent dans le titre des contrats spéciaux du livre des obligations au chapitre du mandat.

Les résultats auxquels nous a conduit notre étude ne permettent pas d'adopter une telle manière de faire. En raison de sa nature juridique, l'interposition de personnes doit, selon nous, trouver sa place dans la systématique du code des obligations, juste avant les articles consacrés à la représentation (CO art. 32-39), sous une note marginale distincte. Comme nous l'avons en effet déjà remarqué⁴, la conclusion en son propre nom est présumée, tandis que la conclusion d'un contrat au nom d'une autre personne n'est retenue que si la preuve de la représentation directe est rapportée. Il apparaît ainsi logique de réglementer l'interposition de personnes, qui est, en quelque sorte, une modalité de la conclusion d'un contrat en son propre nom, avant de préciser les règles relatives à la représentation directe.

§ 2. Les éléments essentiels de l'interposition de personnes qui doivent faire l'objet d'une réglementation spéciale

Une réglementation complète de l'interposition de personnes doit porter sur les points suivants :

1. Conditions de cette institution et ses effets généraux.
2. Effets de l'inexécution par le tiers du contrat qui le lie à l'interposé.

¹ Ci-dessus, p. 32.

² Cf. *Russo*, in *Commentario d'Amelio e Finzi*, II, n° 6, p. 461; *Giovena*, *ibidem*, I, n° 3, p. 554.

³ *Giovena*, *ibidem*, lettre C, p. 552.

⁴ Ci-dessus, p. 44 ss.

3. Transfert des profits et des charges issus du contrat conclu par l'interposé et le tiers : cession de créances et reprise de dettes.

4. Effets de la saisie et de la faillite de l'interposé.

Examinons ces divers points :

1. *Conditions de l'interposition de personnes et effets généraux.*

La définition que nous avons donnée au début de notre étude ¹ : « Il y a représentation indirecte lorsqu'une personne conclut un acte juridique en son propre nom pour le compte d'une autre », a un caractère doctrinal trop marqué pour qu'elle puisse figurer telle quelle dans une codification dont le but est non pas tant de poser des définitions que d'indiquer les effets juridiques dérivant d'une situation donnée.

Il paraît préférable de s'arrêter à une formulation analogue à celle de l'article 32 al. 1 ou de l'article 401 al. 1 CO relatifs respectivement à la représentation directe et au mandat accompli en son propre nom ; ces dispositions précisent en même temps les conditions de fait de l'institution juridique et ses effets principaux. Nous proposons donc un texte calqué sur celui de l'article 457 a de la loi fédérale concernant le droit des obligations de juillet 1877, ainsi conçu :

« Celui qui traite avec un tiers en son propre nom mais pour le compte d'autrui devient personnellement créancier ou débiteur de ce tiers.

» De tels actes n'établissent aucun lien de droit entre celui pour le compte duquel ces actes sont faits et le tiers, même si ce dernier a connaissance du rapport juridique qui lie les deux autres personnes en cause. »

Ainsi formulée, cette disposition — nous le reconnaissons volontiers — n'apporte dans la réglementation suisse aucune nouveauté ; au contraire, elle ne fait que concrétiser des principes généraux du droit non écrit. Mais elle nous semble utile, sinon indispensable, d'une part pour marquer d'une manière précise l'existence de l'institution juridique qui peut naître de l'action d'une personne entreprise pour le compte d'un tiers, et d'autre part pour mieux faire ressortir les caractéristiques de l'interposition de personnes.

Cette disposition constitue le texte fondamental de la réglementation de cette institution puisqu'elle en énumère les deux conditions : agir en son propre nom et agir pour le compte d'autrui. Elle est rédigée en termes suffisamment généraux pour concerner aussi bien celui qui agit en vertu d'un mandat qu'il a reçu (ou d'un autre contrat passé avec la personne qui a recours à lui comme

¹ Ci-dessus, p. 56.

intermédiaire) que celui qui agit spontanément comme gérant d'affaires.

D'autre part, elle ne fixe pas de condition en ce qui concerne le genre des affaires ainsi traitées, de sorte que la représentation indirecte peut porter aussi bien sur des objets mobiliers qu'immobiliers.

Enfin, cette disposition précise l'effet principal de toute interposition de personnes, l'absence de rapport juridique entre celui pour le compte duquel agit la personne interposée et le tiers avec qui elle a conclu, même dans le cas où le tiers sait que son cocontractant agit pour le compte d'une personne déterminée ou indéterminée.

2. Effets de l'inexécution par le tiers du contrat qui le lie à l'interposé.

C'est le grand problème de l'existence ou de l'absence du droit de l'interposé de réclamer au tiers qui n'exécute pas, ou exécute imparfaitement, des dommages-intérêts en raison du préjudice indirect subi de ce fait par l'interposant, et non pas par l'interposé lui-même. Nous avons démontré que la meilleure solution de ce problème consiste dans la création d'une disposition légale sanctionnant l'obligation qu'a assumée le tiers vis-à-vis de l'interposé en concluant avec lui¹. Telle avait déjà été la solution préconisée par les rédacteurs du projet de code civil allemand et abandonnée par la suite.

Il convient toutefois de préciser que le tiers n'est pas tenu à des dommages-intérêts si aucune faute ne peut être mise à sa charge; sa responsabilité ne doit pas dépasser celle du débiteur qui n'exécute pas son obligation (art. 97 al. 1 CO).

3. Transfert des profits et des charges issus du contrat conclu par l'interposé et le tiers : cession de créances et reprise de dettes.

On peut envisager le problème sous deux angles différents :

D'une part, en considérant le problème sous un angle positif, on doit envisager les modalités du transfert à l'interposant des profits et des charges issus du contrat conclu avec le tiers.

D'autre part, en l'examinant d'une manière en quelque sorte négative, il faut chercher à résoudre la question de savoir ce qui se passe dans les cas où l'interposé refuse de transférer à l'interposant les profits et les charges nés de ce contrat.

La disposition de l'article 401 al. 1 CO recouvre les deux faces du problème, à cette exception près qu'elle n'institue un transfert *ex lege* que pour les créances acquises par le mandataire. Mais cette

¹ Ci-dessus, p. 114 ss.

solution doit être approuvée ; si, en effet, le législateur avait admis un transfert *ex lege* des meubles et des immeubles acquis par le mandataire en son propre nom, il aurait apporté une exception aux règles qu'il avait établies au sujet de l'acquisition de la propriété mobilière (CCS art. 714 ss.) et de la propriété immobilière (CCS art. 656 ss.). En outre, les tiers qui auraient acquis de bonne foi des droits sur ces meubles ou ces immeubles n'eussent plus été protégés dans leur acquisition. Une telle exception ne se justifie donc ni en théorie ni en pratique.

Il n'en est pas de même en ce qui concerne les créances dont le transfert *ex lege* au mandant trouve sa raison d'être dans les difficultés que cause l'exécution forcée.

Remarquons que ce n'est que dans le cas où le tiers n'a pas encore exécuté le contrat conclu avec l'interposé que peut se produire une cession légale de créances en faveur de l'interposant. Au contraire, la reprise de dettes par celui-ci est possible tant que l'interposé ne s'est pas libéré des obligations qu'il a assumées à l'égard du tiers, à la seule condition que ce dernier accepte la reprise de dettes¹.

Force nous est de constater alors que l'article 32 al. 3 CO est une disposition ambiguë et surtout inutile. En effet, dire que dans ces cas (sous-entendu : de représentation indirecte) « une cession de la créance ou une reprise de la dette est nécessaire en conformité des principes qui régissent ces actes », c'est n'envisager qu'une partie des cas d'interposition de personnes ; en effet, lorsque le tiers a remis à l'interposé la chose acquise ou lorsque celui-ci a payé au tiers l'objet acquis, une cession de créance, respectivement une reprise de dette, ne sont pas « nécessaires » : elles sont impossibles. (Mais il est exact qu'il est « nécessaire » que ces opérations soient effectuées pour que l'interposant devienne créancier ou débiteur du tiers.) Cette disposition est donc ambiguë et, de plus, superflue, puisque les parties sont libres de recourir en tout temps à ces institutions si elles le jugent nécessaire ; il n'est par conséquent pas utile d'en faire spécialement mention.

4. Effets de la saisie et de la faillite de l'interposé.

Il apparaît équitable de donner à l'interposant un droit spécial dans la saisie ou la faillite de l'interposé sur les objets et créances que celui-ci a acquis pour le compte du premier ; s'il n'avait pas accepté le mandat, l'interposé n'eût pas, probablement, acquis ces droits ou ces créances ; ceux-ci font partie de ses biens ou de sa masse en faillite, alors qu'ils ne devaient figurer que temporaire-

¹ Cf. ci-dessus, p. 117 ss.

ment dans son patrimoine. Il importe, en conséquence, de donner un privilège à l'interposant par rapport aux autres créanciers du failli.

Notre étude relative aux effets de la faillite du représentant¹ a montré que le texte de l'article 401 al. 2 et 3 CO comportait, à quelques réserves près, une solution satisfaisante. Il nous paraît toutefois qu'il doit être étendu aux cas de saisie dirigée contre l'interposé. Actuellement, l'interposant n'est, dans cette éventualité, pas protégé; en effet, l'article 106 LPD ne donne de droits aux tiers sur les objets saisis chez un débiteur que s'ils peuvent revendiquer un droit de propriété ou de gage. Or, on l'a vu, dans la représentation indirecte, c'est le représentant qui est propriétaire des objets acquis en son propre nom², et non le représenté, à qui n'est accordé, en cas de faillite, qu'un droit de distraction. La même solution doit s'imposer, à notre avis, pour les cas de saisie.

L'alinéa 3 de l'article 401 CO doit en outre être modifié en ce sens que la protection accordée à l'interposant doit s'étendre aux objets immobiliers acquis pour son compte par l'interposé, et non pas seulement aux objets mobiliers; l'arrêt Aargauische Hypothekenbank du 29 juin 1938 (JdT 1939 I 71), que nous avons étudié, confirme notre opinion à ce sujet.

La seconde modification qui doit être apportée à la rédaction de cet alinéa ne concerne que le texte français, en particulier le terme inexact de « revendiquer », qui laisse supposer que le représenté est déjà devenu propriétaire des objets acquis par l'interposé en son propre nom, et celui de « droit de rétention » qui est inexact pour la même raison.

Quant à l'alinéa 2, qui se rapporte aux créances acquises par l'interposé, sa forme défectueuse doit être adaptée au texte allemand par une meilleure traduction.

Les quatre points que nous venons d'examiner sont les seuls dont doive tenir compte une réglementation complète de l'interposition de personnes. Toutes les autres questions que pose l'application de cette institution peuvent être résolues à l'aide des principes généraux du droit des obligations, toute latitude étant laissée aux parties de déterminer les modalités des rapports juridiques qu'elles créent dans le cadre de la réglementation proposée.

¹ Ci-dessus, p. 126 ss.

² On admet cependant en doctrine que le représentant indirect qui a acquis des choses mobilières pour le compte du mandant et qui est chargé de les conserver en dépôt (par exemple, le banquier qui a acheté des titres pour son client) en transfère la propriété au mandant par un constitut possessoire conclu avec soi-même (*Enneccerus-Nipperdey*, op. cit., § 179, p. 767, note 7).

§ 3. Essai d'une réglementation de l'interposition de personnes (représentation indirecte)

Cette réglementation doit trouver sa place dans le code des obligations avant les articles consacrés à la représentation directe (CO art. 32-39).

Elle comporte les quatre dispositions suivantes, sous la note marginale :

Interposition de personnes.

Art. 31 a : Effets de l'interposition de personnes.

1. Celui qui traite avec un tiers en son propre nom (interposé), mais pour le compte d'autrui (interposant), devient personnellement créancier ou débiteur de ce tiers.
2. De tels actes juridiques n'établissent aucun lien de droit entre l'interposant et le tiers, même si ce dernier a connaissance du rapport juridique qui lie interposant et interposé.

Art. 31 b : Inexécution du contrat par le tiers.

1. Le tiers est tenu envers l'interposé de réparer le dommage résultant pour l'interposant de l'inexécution ou de l'exécution imparfaite du contrat conclu avec l'interposé, à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable.
2. Restent réservées les dispositions sur l'enrichissement illégitime.

Art. 31 c : Transfert des créances acquises par l'interposé.

Les droits de créances contre le tiers résultant du contrat avec l'interposé deviennent la propriété de l'interposant dès que celui-ci a satisfait, de son côté, à ses diverses obligations envers l'interposé.

Art. 31 d : Effets de la saisie et de la faillite de l'interposé.

1. Lorsqu'une saisie est pratiquée contre l'interposé ou lorsqu'il tombe en faillite, l'interposant peut demander la cession des objets mobiliers acquis pour son compte par l'interposé et des objets immobiliers inscrits au registre foncier au nom de l'interposé ; sauf au créancier saisissant ou à la masse à faire valoir les prétentions qui appartiennent à l'interposé du fait du contrat qui lie interposant et interposé.
2. Lorsqu'une saisie est pratiquée contre l'interposé ou lorsqu'il tombe en faillite, les créances qu'il a acquises contre un tiers pour le compte de l'interposant deviennent la propriété de ce dernier dès que celui-ci a satisfait, de son côté, à ses diverses obligations envers l'interposé ou la masse en faillite de l'interposé.

Une telle réglementation correspond dans ses grandes lignes à celle qui est instituée par le Code civil italien de 1942 en ses articles 1705 à 1707¹. Ceux-ci prévoient pourtant des dispositions un peu plus détaillées, par exemple : réserve des droits acquis par les tiers de bonne foi sur les objets acquis par le mandataire, obligation pour celui-ci de transférer ces biens, mention expresse de l'antériorité du mandat par rapport à la saisie pratiquée.

Il apparaît inutile de surcharger la réglementation que nous proposons par l'énumération de ces diverses précisions, car elles résultent implicitement des autres dispositions légales du droit suisse : articles 933 et 973 CCS relatifs à la protection de l'acquéreur de bonne foi, articles 97 ss. CO quant aux conséquences de l'inexécution d'une obligation par une partie ; la question de l'antériorité du mandat par rapport à la saisie pratiquée découle logiquement des dispositions de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite.

De même l'article 1715 CCI qui prévoit que le mandataire agissant comme représentant indirect ne répond pas de l'inexécution des obligations assumées par le tiers apporte une précision qui n'est pas nécessaire dans la réglementation que nous proposons ; les règles spéciales de l'article 398 CO régissant la responsabilité du mandataire et, dans le contrat de commission, celle de l'article 430 CO (ducroire) suffisent pour clarifier ce point sans qu'il soit besoin d'instituer une disposition d'ordre général.

* * *

L'introduction dans le code des obligations de 1911 des nouveaux articles 31 a à 31 d entraînerait les modifications suivantes :

1. L'article 32 al. 2 CO ne serait plus applicable qu'aux cas dans lesquels une personne, sans se faire connaître manifestement comme représentant, est considérée par les tiers comme telle en raison des circonstances (par exemple, employé dans un magasin). Par contre, les cas dans lesquels il est indifférent aux tiers de traiter avec le représenté ou le représentant doivent logiquement être soumis aux dispositions sur l'interposition de personnes. Il y a en effet, en cas de doute, présomption que les parties agissent en leur propre nom ; il ne dépend donc pas de la volonté des tiers qu'il y ait représentation directe ou indirecte, vu la différence de nature juridique qui existe entre ces deux institutions.

2. L'article 32 al. 3 CO doit disparaître en raison de son inutilité.

¹ Voir ci-dessus, p. 32-33.

3. L'article 401 en entier doit être supprimé puisque ses dispositions, qui sont d'ordre général, figurent dans la nouvelle réglementation.

* * *

Cet essai de réglementation positive de la représentation indirecte constitue l'aboutissement pratique de l'étude théorique que nous avons entreprise. Celle-ci nous a permis de découvrir la nature juridique et le mécanisme précis de cette institution dont l'existence a été si âprement discutée pendant longtemps et qui a été si souvent méconnue.

Nous espérons que notre recherche permettra aux juristes suisses de reconnaître l'utilité et la valeur du phénomène juridique qu'est la représentation indirecte.

BIBLIOGRAPHIE

1. Droit romain.

- CUQ Edouard, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, 2^e éd., Paris 1928.
- GIRARD P. F., *Manuel élémentaire de droit romain*, 7^e éd., Paris 1924.
- HUVELIN Paul, *Cours élémentaire de droit romain*, Tome II : « Les obligations », Paris 1929.
- KADEN E. H., *Des pertes fortuites du mandataire (Esquisse historique)*, in *Mélanges Georges Sauser-Hall*, Neuchâtel-Paris 1952.
- KASER Max, *Das römische Privatrecht*, I, Munich 1955.
- MONIER Raymond, *Manuel élémentaire de droit romain*, Tome II : « Les obligations », 4^e éd., Paris 1948.

2. Droit français.

- AUBRY et RAU, *Droit civil français*, Tome VI, 6^e éd., Paris 1951.
- BAUDRY, LACANTINERIE et WAHL, *Traité théorique et pratique de droit civil*, Tome XXIV : « Des contrats », Paris 1907.
- CAPITANT Henri, *Introduction à l'étude du droit civil*, 5^e éd., Paris 1929.
- CORBESCO Dan, *De la représentation dans les actes juridiques et principalement dans les contrats*, Paris 1912.
- DALLOZ, *Nouveau répertoire de droit*, Tome I, Paris 1947.
- DEMOGUE René, *Traité des obligations en général*, Tome I, Paris 1923.
- FLATTET Guy, *Les contrats pour le compte d'autrui*, Paris 1950.
- JOSSERAND Louis, *Cours de droit civil positif français*, 3^e éd., Tomes I et II, Paris 1938 et 1939.
- LEREBOURS-PIGEONNIÈRE Paul, *Du prête-nom mandataire ou gérant d'affaires*, Thèse, Caen 1898.
- LYON-CAEN Ch. et RENAULT L., *Traité de droit commercial*, Tome III, 5^e éd., Paris 1923.
- MARTY Camille, *Du mandat sans représentation à l'exclusion du prête-nom*, Thèse, Montpellier 1937.
- NICOLEANO, *De la représentation indirecte*, Thèse, Paris 1912.
- OUDINOT, *De la représentation imparfaite en droit français*, Thèse, Paris 1909.

PLANIOL M. et RIPERT G., *Traité pratique de droit civil français*, Tome VI, Paris 1952, Tome XI, Paris 1954.

POPESCO-RAMNICEANO René, *De la représentation dans les actes juridiques*, Thèse, Paris 1927.

POTHIER, *Oeuvres annotées et mises en corrélation avec le Code civil* par M. Bugnet, Tome V, Paris 1847.

ROUAST, *Rapport sur la représentation dans les actes juridiques*, in Travaux de l'Association Henri Capitant, Tome IV, Paris 1949.

3. Droit italien.

CHIRONI G. P. et ABELLO L., *Trattato di diritto civile italiano*, Tome I, Turin 1904.

GIOVENE Achille, *Della rappresentanza*, in Libro delle obbligazioni, Commentario Amelio e Finzi, Vol. I, Florence 1948.

HUC Th., *Le code civil italien et le code Napoléon*, 2^e éd., Tomes I et II, Paris 1868.

RUSSO Giacomo, *Del mandato*, in Libro delle obbligazioni, Commentario Amelio e Finzi, Vol. II, 1^{re} partie, Florence 1947.

STOLFI Nicola, *Diritto civile*, Tome I, Turin 1931.

4. Droit allemand.

BUCHKA, *Die Lehre von der Stellvertretung*, 1882.

ENNECCERUS L., *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, Tome I, Marbourg 1924.

ENNECCERUS L. u. NIPPERDEY H. C., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 14^e éd., Tubingue 1955.

FISCHBACH Oskar, *Treuhänder und Treuhandgeschäfte*, Leipzig 1912.

GIERKE Otto, *Deutsches Privat Recht*, Tome I, Leipzig 1895.

GRUENHUT C. S., *Das Recht des Commissionshandels*, Vienne 1895.

von HAHN, *Beitrag zur Lehre vom Kommissions-Geschäft*, in Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, Vol. 29 a. s. ou Tome 14 n. s., Stuttgart 1884.

IHERING R., *Aus einem Rechtsgutachten betreffend u. a. die Frage von der Natur und Handlungsfähigkeit eines sog. Comité*, in Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Vol. VI, n. s., 1880.

— *Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte* (cité : Mitwirkung), in Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Vol. I et II, Iéna 1857-1858.

JAEGER E., *Kommentar zur Konkursordnung*, Tome I, 6-7^{es} éd., Berlin-Leipzig 1931.

LABAND, *Die Stellvertretung bei dem Abschluss von Rechtsgeschäften nach dem allgem(einen) Deutsch(en) Handelsgesetzbuch*, in Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, Vol. X, Erlangen 1866.

LEONHARD Franz, *Vertretung beim Fahrniserwerb*, Leipzig 1899.

MITTEIS Ludwig, *Die Lehre von der Stellvertretung*, Vienne 1885.

MUELLER-ERZBACH R., *Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung*, Berlin 1905.

— *Die Lehre von der mittelbaren Stellvertretung*, in Zeitschrift für das Privat- und öffentliches Recht der Gegenwart, Vol. 36, Vienne 1909.

NEUBECKER F. K., *Beiträge zur Lehre von der mittelbaren Stellvertretung*, in Zeitschrift für das Privat- und öffentliches Recht der Gegenwart, Vol. 36, Vienne 1909.

NUSSBAUM, *Tatsachen und Begriffe im deutschen Kommissionsrecht*, Berlin 1917.

PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, in Beckische Kurz Kommentare, Vol. 7, 9^e éd., Munich et Berlin 1951.

RUEMELIN M., *Das Handeln in fremdem Namen im Bürgerlichen Gesetzbuch*, in Archiv für die civilistische Praxis, Vol. 93, Tubingue et Leipzig 1902.

von SAVIGNY F. C., *Das Obligationenrecht*, Tome II, Berlin 1853.

SCHLESS Robert, *Mittelbare Stellvertretung und Treuhand*, Leipzig 1931.

SCHLOSSMANN S., *Die Lehre von der Stellvertretung*, Tomes I et II, Leipzig 1900 et 1902.

STAUB, *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, 12-13^{es} éd., Berlin-Leipzig 1926-1927.

STAUNDINGER J., *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Tome I : Allgemeiner Teil, Munich 1925.

von TUHR Andreas, *Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Tomes I, II 1 et 2, Leipzig 1910, 1914 et 1918.

— *Eigenes und fremdes Interesse bei Schadenersatz aus Verträgen* (cité : Eigenes und fremdes Interesse), in Zeitschrift für das Privat- und öffentliches Recht der Gegenwart, Vol. 25, Vienne 1898.

WINDSCHEID B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Tomes I et II, Francfort s/Main 1900.

5. Droit suisse.

AEBY Kurt, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag nach Schweizerischem Recht*, Thèse, Zurich 1928.

AEBY Pierre, *L'acte fiduciaire dans le système du droit civil suisse*, in Revue de droit suisse, Vol. 31, 1912.

ARMINJON P. et CARRY P., *La lettre de change et le billet à ordre*, Bruxelles-Paris 1938.

AUTENRIETH-GANDER, *Assignment*, in Fiches juridiques suisses 192.

- BECKER H., *Obligationenrecht*, in Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Tome VI, parties I et II, Berne 1941 et 1934.
- BLUNTSCHLI, *Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich*, Tome III, Zurich 1855.
- Du PASQUIER Claude, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, Paris-Neuchâtel 1937.
- FICK H., *Commentaire du Code des obligations*, Neuchâtel 1915.
- FRIEDRICH H. P., *Die Voraussetzungen der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 423 OR), insbesondere bei Annahme einer für einen Anderen bestimmten Leistung*, in *Revue de droit suisse*, Vol. 64, 1945.
- *Die Wirkung der Vertragsverletzung auf Dritte*, in *Recueil de travaux suisses du IV^e Congrès international de droit comparé*, Genève 1954.
- FUNK F., *Commentaire du code fédéral des obligations*, Neuchâtel 1930.
- GAUTSCHI Georg, *Auftrag und Geschäftsführung in der Schweiz*, Zurich 1953.
- GILLIARD François, *Le contrat avec soi-même*, Thèse, Lausanne 1946.
- GUHL Theo, *Das schweizerische Obligationenrecht*, Zurich 1944 (*Le droit fédéral des obligations*, traduction R. des Gouttes, Zurich 1947.)
- HAAB R. et SIMONIUS A., *Das Sachenrecht*, in Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Tome IV, Vol. 1, Zurich 1948.
- JAEGER C., *Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*, Tomes I-IV, Lausanne 1900-1944.
- JOST Arthur, *Der Uebergang von Eigentums- und Forderungsrechten vom Beauftragten auf den Auftraggeber (Art. 401 OR)*, in *Revue de droit suisse*, Vol. 72, 1953.
- KAUFMANN Werner, *Die Vorzugsrechte des Mandanten gegenüber dem Mandatar*, Thèse, Bâle 1931.
- MADAY Denys, *Die sogenannte Gesetzesumgehung, insbesondere im schweizerischen Obligationenrecht*, Thèse, Berne 1941.
- *Actes fiduciaires*, in *Fiches juridiques suisses* 732 et 732 a.
- *Homme de paille*, in *Fiches juridiques suisses* 735 et 736.
- *Simulation*, in *Fiches juridiques suisses* 606.
- MUNZINGER W., *Motifs du projet de code de commerce suisse*, Zurich 1865.
- OSER H. et SCHOENENBERGER W., *Das Obligationenrecht*, in Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Tome V, Vol. 1-3, Zurich 1929-1945.
- PESTALOZZI Hans, *Die indirekte Stellvertretung*, Thèse, Zurich 1927.
- REICHEL H., *Vertragsschluss in eigenem oder in fremdem Namen*, in *Revue suisse de jurisprudence*, Vol. 16, 1919-1920.
- *Geschäftsführung ohne Auftrag und Vertretung ohne Vertretungsmacht*, in *Revue suisse de jurisprudence*, Vol. 36, 1929-1930.

- REYMOND Claude, *Essai sur la nature et les limites de l'acte fiduciaire*, Thèse, Lausanne 1948.
- ROELLI Hans, *Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetze über den Versicherungsvertrag*, Tomes I et III, Berne 1914 et 1933.
- de SAUSSURE Claude, *L'acte juridique fait sans pouvoir de représentation*, Thèse, Lausanne 1945.
- SCHNEIDER et FICK, *Commentaire du code fédéral des obligations*, Neuchâtel 1911.
- SIEGWART Alfred, *Die Personengesellschaften*, in *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Tome V, vol. 4, Zurich 1938.
- SIMONIUS Auguste, *Quelques observations sur le rôle de la doctrine dans l'application des dispositions générales du code des obligations*, in *Semaine judiciaire* 1949, n° 14.
- SUTER Richard, *Echte und unechte Geschäftsführung ohne Auftrag nach schweizerischem Obligationenrecht*, Thèse, Berne 1933.
- von TUHR Andreas, *Partie générale du Code fédéral des obligations* (cité : CO), Tomes I et II, Lausanne 1933-1934.
- WARNERY A., *La cession des créances*, Thèse, Lausanne 1924.
- WEIDMANN Arnold, *Das Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs nach deutschem und schweizerischem Recht*, Thèse, Zurich 1906.
- WOLF Elias, *Von der Haftung des Schuldners für den Schaden eines Dritten*, in *Revue de droit suisse*, Vol. 46, 1927.
- *La gestion d'affaires*, in *Fiches juridiques suisses* 1077.
- WOLFF M., *Wesen und Voraussetzungen der Zession*, Thèse, Zurich 1917.
- YUNG Walter, *Simulation, fiducie et fraude à la loi*, in *Mélanges Georges Sauser-Hall*, Neuchâtel-Paris 1952.
-

ABRÉVIATIONS

ATFA	Arrêts du Tribunal fédéral des assurances
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
CCI	Code civil italien
CCF	Code civil français
CCS	Code civil suisse
CO	Code des obligations de 1911
CO ancien	Code fédéral des obligations de 1881
HGB	Handelsgesetzbuch
FJS	Fiches juridiques suisses
JdT	Journal des Tribunaux
LCA	Loi sur le contrat d'assurance
LPD	Loi sur la poursuite pour dettes et la faillite
RG	Arrêts du Tribunal fédéral allemand
RO	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
ROHG	Arrêts du Tribunal de commerce allemand
SJ	Semaine judiciaire
SJZ	Revue suisse de jurisprudence
TF	Tribunal fédéral suisse
TFA	Tribunal fédéral des assurances

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	7
------------------------	---

PREMIÈRE PARTIE

La formation du concept de la représentation indirecte

SECTION I :

La représentation en droit romain	13
---	----

SECTION II :

La représentation indirecte dans les droits allemand, français et italien	21
§ 1. En droit allemand	21
§ 2. En droit français	26
§ 3. En droit italien	31

DEUXIÈME PARTIE

La représentation indirecte

SECTION I :

Construction et système de la représentation indirecte	39
--	----

Chapitre I : <i>La représentation indirecte</i>	39
---	----

§ 1. Des différentes définitions de la représentation indirecte	39
§ 2. La conclusion du contrat par le représentant en son propre nom	42
§ 3. La conclusion du contrat par le représentant pour le compte d'autrui	51
§ 4. Définition de la représentation indirecte	55

Chapitre II : <i>Le rapport juridique entre le représenté et le représentant</i>	57
§ 1. Existence d'un contrat entre représenté et représentant	58
I. Le mandat	60
II. Le contrat de commission	69
§ 2. La gestion d'affaires	72
§ 3. Des obligation du représentant (mandataire)	76
§ 4. Des obligations du représenté (mandant)	78
§ 5. La situation du tiers par rapport au contrat conclu entre le représenté et le représentant	80
Chapitre III : <i>Le rapport juridique entre le représentant et le tiers</i>	83
§ 1. De la conclusion d'un contrat entre le représentant et le tiers	84
I. Le représentant est le maître du contrat	85
II. De la situation juridique du tiers	93
§ 2. De la possibilité accordée au représentant indirect d'intervenir dans le contrat (contrat avec soi-même)	96
§ 3. De l'exécution du contrat externe	104
§ 4. De l'inexécution du contrat par le tiers	108
§ 5. La situation du représenté par rapport au contrat conclu entre le représentant et le tiers	115
Chapitre IV : <i>Un rapport juridique direct peut-il se former entre le représenté et le tiers ?</i>	117
§ 1. Du transfert au représenté par le représentant des droits et obligations issus du contrat qu'il a conclu avec le tiers	117
I. Transfert des droits	118
II. Transfert des obligations	124
§ 2. Des effets de la faillite du représentant	126
§ 3. Des effets de la faillite du représenté et du tiers . .	132
§ 4. Conclusion	133
SECTION II :	
Résultats	137

TROISIÈME PARTIE

La représentation indirecte en droit suisse

SECTION I :

Situation actuelle de la législation, de la doctrine et de la jurisprudence	145
Chapitre I : <i>La législation</i>	145
§ 1. Les dispositions de caractère général relatives à la représentation indirecte	145
§ 2. Des différents cas dans lesquels il est fait application de la représentation indirecte	148
Chapitre II : <i>La doctrine</i>	155
Chapitre III : <i>La jurisprudence</i>	159
§ 1. Les principaux arrêts du Tribunal fédéral en matière de représentation indirecte	159
§ 2. Les critères établis par le Tribunal fédéral pour déterminer s'il y a représentation directe ou indirecte . .	164
§ 3. La notion d'interposition de personnes telle qu'elle est dégagée par la jurisprudence du Tribunal fédéral	168
§ 4. L'interposition de personnes et la fraude à la loi. L'homme de paille	171
Chapitre IV : <i>Résultats</i>	175

SECTION II :

Essai d'une réglementation, de lege ferenda de la représentation indirecte (interposition de personnes) . . .	177
§ 1. La place de l'interposition de personnes dans une codification telle que le code des obligations . . .	177
§ 2. Les éléments essentiels de l'interposition de personnes qui doivent faire l'objet d'une réglementation spéciale	179
§ 3. Essai d'une réglementation de l'interposition de personnes (représentation indirecte)	184
Bibliographie	187
Liste des abréviations	193

Imprimé en Suisse

